

الإرادة الظاهرة والباطنة

دراسة مقارنة بين القانون
المدني والفقه الإسلامي

إعداد الدكتور

محمد أحمد بكر

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الشريعة والقانون بأسسوط

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة:

الحمد لله الذى أنزل على عبده الكتاب ولم يجعل له عوجاً ...
وأشهد أن لا إله إلا الله القائل فى كتابه: ﴿مَنْ كَانَ يُرِيدُ الْعَاجِلَةَ عَجَلْنَا لَهُ
فِيهَا مَا نَشَاءُ لِمَنْ نُرِيدُ ثُمَّ جَعَلْنَا لَهُ جَهَنَّمَ يَصْلَاهَا مَنُومًا مَّدْخُورًا * وَمَنْ
أَرَادَ الْآخِرَةَ وَسَعَىٰ لَهَا سَعْيَهَا وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَٰئِكَ كَانَ سَعْيُهُمْ مَّشْكُورًا﴾
وأشهد أن سيدنا وحبیبنا محمداً عبده ورسوله القائل فيما روى عنه: (إنما
الأعمال بالنیات وإنما لكل امرئ ما نوى).

وبعد ...

فإن الإرادة هى قوام العقد والركن الأساسى لتكوينه، ولها وجهان
وجه خارجى يطلق عليه الإرادة الظاهرة، ووجه داخلى يسمى الإرادة
الباطنة، فالإرادة الظاهرة تتمثل فى التعبير اللفظى أو ما يقوم مقامه من
عبارات، ولذا يعبر عنها فى الفقه الإسلامى باللفظ وما يقوم مقامه، أما
الإرادة الباطنة فهى ما تتفق عليه النية وما يعزم عليه القلب، ولذا يعبر
عنها فى الفقه الإسلامى بالنية، والعلاقة بين الإرادة الظاهرة والباطنة هى
علاقة ما بين القلب واللسان، واللسان جعل على الفؤاد دليلاً، بحيث تظهر
العبارة ما يدور فى الأفئدة من مقاصد ونوايا، والإرادة الظاهرة والباطنة
وصفان يلحقان بالنية فى تحركها الإرادى، ولهما أثر خطير فى جميع
التصرفات القانونية خاصة إذا كانا مختلفين، حيث يوجد فى الفقه
الإسلامى والقانون المدنى اتجاهان مختلفان: أحدهما: ذو طابع شخصى
ينتصر للإرادة الباطنة، والآخر: ذو طابع موضوعى يأخذ بالإرادة

الظاهرة، ويتخذ المذهب الشخصى من النية الحقيقة أساساً للتصرف القانونى ولا ينظر إلى مظهر تلك النية فيما أعلنته، أما المذهب الموضوعى فيتخذ من مظهر النية أساساً للتصرف ويغفل حقيقة النية باعتبارها أمراً كامناً فى النفس.

خطة البحث:

وعلى ضوء ما سبق فإن خطة هذا البحث سوف تشتمل على ثلاثة فصول، وخاتمة — وذلك على النحو التالى:

الفصل الأول (تمهيدى): فى تعريف الإرادة وبيان أنواعها وتمييزها عما يختلط بها

الفصل الثانى: فى نظرية الإرادة الظاهرة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى.

الفصل الثالث: التطبيقات العملية لنظريتى الإرادة الظاهرة والباطنة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى.

وأما الخاتمة: فقد بينت فيها أهم نتائج البحث.

نسأل الله تعالى أن يكلل عملنا بالنجاح، وأن يجعل عملنا خالصاً لوجه الكريم إنه ولى ذلك والقادر عليه.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

الفصل الأول

تعريف الإرادة وبيان أنواعها
وتمييزها عما يختلط بها
ونتحدث عن هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول

تعريف الإرادة وبيان أنواعها
وتمييزها عما يختلط بها في الفقه الإسلامي
ونتناول هذا المبحث في عدة مطالب:
المطلب الأول

تعريف الإرادة في الفقه الإسلامي وبيان
أنواعها
الفرع الأول

تعريف الإرادة

الإرادة في اللغة:

المشيئة، وهي مأخوذة من راد يرود روداً وأراد الشيء شاءه
وأحبه^(١)

الإرادة عند اصطلاح الفقهاء:

استعمل الفقهاء^(٢) الإرادة بمعنى القصد إلى الشيء والاتجاه إليه،

(١) لسان العرب ١٧٧٢/٣ ط دار المعارف، المعجم الوسيط ٣٩٤/١، ط مجمع اللغة العربية،
مختار الصحاح المطبعة الأميرية ١٩٢٠.

(٢) المقنع ١٤٣/٣، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٥/١، ط دار المعارف بيروت لبنان،
حاشية البجيرمي على منهج الطلاب ٥/٤.

وعرفها الإمام الغزالي بأنها: (انبعاث إلى ما يراد موافقاً للغرض إما فى الحال وإما فى المآل).^(١)

الفرع الثانى

بيان أنواع الإرادة:

الإرادة فى الفقه الإسلامى نوعان: إرادة ظاهرة، وإرادة باطنة، وهذان اللفظان مستحدثان فى الفقه الإسلامى، ذلك أن الفقهاء يعبرون عن الإرادة الظاهرة بالصيغة، وعن الإرادة الباطنة بالنية، ولكن لا مشاحة فى الاصطلاح، ولذا فنحن سنبين حقيقة كل منهما.

أولاً: تعريف الإرادة الظاهرة:

عرف الفقهاء المحدثون الإرادة الظاهرة بعدة تعريفات، فقد عرفها بعضهم بأنها ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل إظهاراً لقصده ونيته فى إنشاء العقد ودليلاً على رغبته ورضاه بما يترتب عليه من آثار^(٢)، كما عرفها البعض الآخر بأنها الصيغة التى تعبر عن الإرادة الباطنة أو ما يقوم مقامها^(٣)، وعرفها آخرون بأنها التعبير عن الإرادة الحقيقة بكلام أو بفعل صادر من المتعاقدين المختار.^(٤)

ثانياً: تعريف الإرادة الباطنة:

الإرادة الباطنة هى قصد العقد والرغبة فى إنشائه مع الرضا بما

(١) إحياء علوم الدين للإمام الغزالي ٣/٣٥٣، ٣٥٤، ط دار إحياء الكتب العربية.

(٢) د/ أحمد فرج: الملكية ونظرية العقد ص ١٥٨ دار المطبوعات الجامعية.

(٣) د/ وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامى وأدلته ٤/١٨٩ ط دار الفكر.

(٤) د/ مصطفى الزرقاء: الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد فقرة ١٧٥ ص ٣٥٣ مطابع ألف باء

يترتب عليه من آثار ومحلها القلب ^(١)، وعرفها البعض الآخر بأنها هي النية أو القصد. ^(٢)

يتضح لنا مما سبق أن الإرادة هي الركن الأساسي في العقد، وأن لها عنصرين أحدهما خارجي ظاهر، والثاني داخلي باطن، فالأول هو الإرادة الظاهرة، والثاني هو الإرادة الباطنة ^(٣)، ولما كانت الإرادة أمراً خفياً لا يمكن لأحد أن يطلع عليه أو يقف على حقيقته اعتبر الشارع التعبير الذي يصدر عن العاقد، والذي اصطلح على تسميته بالإرادة الظاهرة دليلاً على وجودها، وعنه ينشأ العقد. ^(٤)

(١) د/ أحمد فراج: المرجع السابق ص ١٥٨.

(٢) د/ وهبة الزحيلي المرجع السابق ص ١٨٩.

(٣) د/ أمل أحمد حسنين المقاصد والنيات وأثرها في عقد النكاح ص ١٠٥.

(٤) د/ أحمد فراج حسين: السابق ص ١٥٨.

المطلب الثاني

تمييز الإرادة عن الألفاظ ذات الصلة بها

هناك ألفاظ ذات صلة بلفظ الإرادة يجب أن نميز بينها وبين الإرادة وذلك على النحو التالي:

١ - الإرادة والنية:

إذا كانت الإرادة ما سبق، فإن النية لغة: القصد ^(١)، وشرعاً قصد الشيء مقترناً بفعله وذلك عند الشافعية ^(٢)، وعند الأئمة الثلاثة ^(٣): عقد القلب على إيجاد الفعل جزماً، وعلى هذا فإنه يلحظ في النية ارتباطها بالعمل وهي بغير هذا الارتباط لا تسمى نية بينما لا يلاحظ ذلك في الإرادة ^(٤)، ويرى بعض الفقهاء أن النية تختلف عن الإرادة من جهة أخرى، فهي ليست مطلق الإرادة بل هي الإرادة الجازمة ^(٥).

وبناء عليه تكون العلاقة بين النية والإرادة هي العموم والخصوص الوجهي فكل نية إرادة، وليس كل إرادة نية ^(٦)، ويرى البعض الآخر من الفقهاء أن النية والإرادة بمعنى واحد فهما مترادفان، فقد جاء في إحياء

(١) المعجم الوجيز مادة نون ص ٦٤١، ١٩٩٠ طبعة وزارة التربية والتعليم.

(٢) بجيرمي على منهج الطلاب ١١٨/١ ط دار الفكر.

(٣) حاشية الطحطاوى على الدر المختار ٦٦/١، ط دار المعرفة بيروت لبنان، حاشية

الصفى على الجواهر الزكية ص ٤٩ ط مصطفى البابى الحلبي، المغنى مع الشرح

الكبير ٣٠١/٣ ط دار الفد العربي.

(٤) الموسوعة الفقهية ٥/٣ وزارة الأوقاف الكويت.

(٥) العناية على الهداية بهامش فتح القدير ١٨٦/١، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق.

(٦) د/ عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القونى فى رسالته (دكتوراه) التى بعنوان: حسن

النية وأثره فى التصرفات فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى جامعة المنوفية كلية

الحقوق ص ٥٤.

علوم الدين للغزالي: (اعلم أن النية والإرادة والقصد عبارات متواردة على معنى واحد وهى حالة وصفة للقلب يكتنفها أمران علم وعمل...) (١) ويقول الحافظ ابن رجب: (.. النية فى كلام النبى ﷺ وسلف الأمة إنما يراد بها المعنى الثانى فهى حينئذ بمعنى الإرادة، ولذلك يعبر عنها بلفظ الإرادة فى القرآن الكريم كثيراً) (٢) يقول الله تعالى: ﴿ مِنْكُمْ مَنْ يُرِيدُ الدُّنْيَا وَمِنْكُمْ مَنْ يُرِيدُ الْآخِرَةَ ﴾ (٣).

٢- الإرادة والاختيار:

الاختيار فى اللغة طلب ما هو خير وفعله، وقوله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ اخْتَرْنَاكُمْ عَلَىٰ عِلْمٍ عَلَىٰ الْعَالَمِينَ ﴾ (٤) يصح أن يكون إشارة إلى إيجاده إياهم خيراً، أو أن يكون إشارة إلى تقديمهم على غيرهم (٥). وفى الاصطلاح هو القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم داخل فى قدرة الفاعل بترجيح أحد الجانبين على الآخر (٦) فالعلاقة بين الإرادة والاختيار هى العموم والخصوص المطلق فالإرادة صفة ترجع أحد الجانبين على الآخر سواء كان عند موازنة ومفاضلة أم لا ، وأما الاختيار فهو الترجيح مع التفضيل. (٧)

(١) إحياء علوم الدين ٣٥٣/٤ ، ٣٥٤ ط دار إحياء الكتب العربية.

(٢) جامع العلوم والحكم للحافظ بن رجب ص ١١ طبعة دار الحديث.

(٣) الآية رقم ١٥٢ من سورة آل عمران.

(٤) الآية ٣٢ من سورة الدخان.

(٥) المفردات فى غريب القرآن للأصفهاني ج ١ ص ١٦١ دار التحرير للطبع والنشر.

(٦) كشف الأسرار للبزدوى ٣٨٣/٤ ط الفارق الحديثة للطباعة والنشر ط ثانية ١٩٩٥.

(٧) كشاف اصطلاحات الفنون للشيخ محمد بن على التهانوى ٢١١/٢ دار الكتب العلمية

٣ - الإرادة والرضا:

والرضا مصدر رضيه، وبه، وعنده، وعليه رضا ورضاء، ورضواناً، ومرضاة اختاره وقبله (١).

وفى الاصطلاح يطلق الرضا على الرغبة فى الفعل والارتياح إليه، ولا تلازم بين الإرادة والرضا، فقد يريد المرء شيئاً مع أنه لا يرضاه أى لا يرتاح إليه ولا يحبه، ومن هنا كان تفريق علماء العقيدة بين إرادة الله ورضاه وكذا تفرقة الفقهاء بينهما فى باب الإكراه وغيره. (٢)

٥ - الإرادة والباعث:

إذا كانت الإرادة ما سبق، فإن الباعث هو الشيء الذى يحرك الإرادة نحو تحقيق غرض من الأغراض، أو هو الغرض الذى توجهت الإرادة تحقيقاً له، وهذا يفهم مما ذكره الإمام الغزالى فى إحيائه بقوله: (ومعنى الإرادة انبعاث القلب إلى ما يراه موافقاً للغرض إما فى الحال أو فى المال) ثم يقول: (فإذا جازمت المعرفة بأن الشيء موافق ولا بد وأن يفعل، وسلمت عن معارضة باعث آخر صارف عنه انبعثت الإرادة وتحقق الميل ...) (٣) ويظهر لنا مما ذكره الإمام الغزالى العلاقة بين الباعث والإرادة، وهو أن الباعث هو الشيء الذى يحرك الإرادة ويدفعها صوب غاية محدودة. (٤)

(١) المعجم الوجيز ص ٢٦٧.

(٢) الموسوعة الفقهية مادة إرادة ج ٣ ص ٥.

(٣) إحياء علوم الدين للغزالى ٣٥٤/٤، كما ينظر د/ محمود عبد الرحمن فى رسالته للدكتوراه الباعث غير المشروع وأثره على العقود والتصرفات فى الفقه الإسلامى والقانون سنة ١٩٩٤م ص ٦٠.

(٤) د/ عبد الحليم عبد اللطيف فى رسالته للدكتوراه: حسن النية وأثره فى التصرفات فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى ص ٦٢.

المبحث الثانى

تعريف الإرادة فى القانون المدنى

وبيان أنواعها وتمييزها عما يختلط بها

نتناول هذا المبحث فى مطلبين: نتحدث فى الأول عن تعريف

الإرادة وبيان أنواعها وفى الثانى نتحدث عن تمييز الإرادة عن الألفاظ ذات الصلة بها.

المطلب الأول

تعريف الإرادة وبيان أنواعها

الفرع الأول

تعريف الإرادة

يلزم لتوافر الرضا بالعقد أن توجد الإرادة لدى كل من طرفيه والمقصود بالإرادة انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل العقد ويعنى ذلك: أن يكون الشخص مدركاً لماهية التصرف الذى يجريه، والحقوق والالتزامات المتولدة عنه. فإذا انعدمت إرادة أحد العاقلين عند إبرام العقد فإنه يكون باطلاً لتخلف الرضا ^(١)، ولا بد أن تتجه الإرادة إلى إحداث الآثار القانونية التى يربتها التصرف، ولذا عرفها البعض بمعناها القانونى بأنها: (قرار يتخذه الإنسان بمطلق اختياره قاصداً منه ترتيب أثر قانونى معين ^(٢))، ولا ترتب الإرادة هذه الآثار إلا إذا كانت جديدة، فلا عبرة بإرادة الهازل، ولا بالإرادة المعلقة على محض مشيئة صاحبها، كما لا عبرة بالإرادة الصورية التى لا وجود لها فى حقيقة الواقع.

(١) د/ محمد حسين منصور: مصادر الالتزام ط الدار الجامعية ص ١٠٧.

(٢) د/ محمد إبراهيم نسوقى: القانون المدنى الالتزامات رقم ٤٤ ص ٤٧ ط ١٩٩٣م.

ومما ينبغي ملاحظته أن علماء النفس فى تحليلهم للإرادة كظاهرة نفسية يرون أنها تمر بأربع مراحل الأولى منها هى مرحلة التصور، وفيها يستحضر الشخص العمل القانونى الذى يريد إتمامه، والثانية مرحلة التدبر، وفيها يوازن الشخص بين شتى الاحتمالات والنتائج، والثالثة مرحلة التصميم، وفيها يبت الشخص فى الأمر، وهذه المرحلة هى جوهر الإرادة، والرابعة مرحلة التنفيذ وفيها ينقل الشخص إرادته من كامن نفسه إلى العالم الخارجى.^(١)

الفرع الثانى

أنواع الإرادة

تتنوع الإرادة فى القانون إلى نوعين: الإرادة الظاهرة، والإرادة الباطنة.

أولاً: الإرادة الظاهرة:

يقصد بالإرادة الظاهرة التعبير عن الإرادة سواء اتفق مع الإرادة الباطنة أم لا ^(٢) هذا وقد نصت المادة ٩٠ / ١ مدنى على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتحاف

(١) د/ أنور سلطان: الموجز فى مصادر الالتزام ١٩٧٠ منشأة المعارف بالإسكندرية رقم ٥٥ ص ٥٧، وانظر د/ منصور مصطفى منصور دور الإرادة فى تكوين التصرف القانونى وهى خلاصة دروس أقيمت لطلبة الدراسات العليا فى القانون الخاص جامعة عين شمس ط ١٩٩٢ ص ١٣.

(٢) د/ عبد الرحمن عياد أساس الالتزام العقدى المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر ١٩٧٢ ص ١٩، د/ عبد الناصر العطار: مصادر الالتزام مؤسسة البستاني للطباعة ص ١٩ وما بعدها، د/ جميل الشرقاوى: مصادر الالتزام الناشر دار النهضة العربية طبعة أولى ١٩٨٦ م ص ٩٠ رقم ١٩.

موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود) فطبقاً لهذا النص يتم التعبير عن الإرادة بأى من الصور التى يكون بها التعبير عن الإرادة، سواء كانت وسيلة التعبير هى اللفظ، أو الإشارة، أو الكتابة، أو الفعل كذلك يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً أو ضمناً فقد نصت المادة ٢/٩٠ على أنه: (ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون، أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً) والتعبير الصريح هو الذى يفصح بذاته عن الإرادة حسب المألوف عند الناس كقول المتعاقد بعث أو اشتريت، أما التعبير الضمنى فهو تعبير عن الإرادة لا يفصح بذاته عنها، ولكن يمكن أن يستنتج منه اتجاه هذه الإرادة كما لو بقى المستأجر فى العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار مما يفهم منه أنه يريد تجديد عقد الإيجار، والتعبير عن الإرادة بأى صورة كانت هو الذى يخرجها إلى الوجود، وتصبح حينئذ ظاهرة اجتماعية يعتد بها المشرع فيرتب عليها أثراً قانونياً^(١).

ثانياً: الإرادة الباطنة:

يقصد بالإرادة الباطنة تلك الظاهرة النفسية الداخلية التى تظهر فيها بعد إلى العالم الخارجى بالتعبير عنها، وتسمى بالإرادة الباطنة لأنها تنقصى حقيقة الإرادة الكامنة فى النفس، وهى بهذا المعنى كما ذكرنا ظاهرة نفسية إلا أنها تصبح بعد إعلانها ظاهرة اجتماعية.^(٢)

(١) د/ محمد إبراهيم دسوقي: القانون المدنى الالتزامات ١٩٩٣ ص ٤٧.

(٢) د/ عبد الرحمن عياد: السابق ص ١٩، د/ عبد الفتاح عبد الباقى: نظرية العقد والإرادة المنفردة ط ١٩٨٤ ص ١١٥، د/ محمد حسين منصور: مصادر الالتزام طبعة الدار الجامعية ص ١١٤.

المطلب الثانى

تميز الإرادة عن الألفاظ ذات الصلة بها فى
القانون المدنى

أولاً: الإرادة والنية:

لم يفرق رجال القانون بين النية والإرادة، فهما لفظان مترادفان فى القانون المدنى، فالنية مع العزم إرادة باطنة، وهى مع العزم والقدرة المتحركة فى العالم الخارجى إرادة ظاهرة^(١)، ويظهر عدم التفرقة بين الإرادة والنية من عبارات رجال القانون، يقول الأستاذ الدكتور / محمد لبيب شنب: (وقوام الرضاء هو الإرادة فلا يتعاقد من لا يريد ولذلك إذا باع شخص لآخر بيعاً صورياً، فلا البائع أراد البيع ولا المشتري أراد الشراء، لا ينعقد عقد لعدم وجود الإرادة)^(٢).

ثانياً: الإرادة والباعث:

يستلزم القانون إلى جانب الرضا والمحل فى العقد وجود السبب فهو ركن فى العقد لا ينعقد بدونه، والسبب فى العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد، وهذا الباعث يختلف من متعاقد إلى آخر حتى فى النوع الواحد من العقود، إذ هو أمر يتعلق بالنوايا والأهداف التى تدفع الشخص إلى التعاقد، فمن يشتري منزلاً قد يكون الباعث لديه السكنى أو إقامة مشروع، أو التظاهر بالغنى، ويلزم لقيام العقد صحيحاً أن يكون الباعث عليه

(١) انظر د/ عبد الحليم عبد اللطيف فى رسالته السابقة للدكتوراه ص ٥٧ .

(٢) د/ محمد لبيب شنب: مصادر الائترالم طبعة ١٩٧٣م ص ٦٦.

مشروعاً^(١)، يتضح لنا مما سبق أن السبب بمعنى الباعث وثيق الصلة بالإرادة، ورغم ذلك فهو يتميز عنها، وكفى لبيان ذلك أن نفرض فرضين يكون السبب في أولهما غير موجود، وفي ثانيهما السبب موجود.

الفرض الأول: السبب بمعنى الباعث غير موجود، وبالنسبة لهذا الفرض نفرق بين حالتين: الأولى: وهي حالة نظرية بحتة وفيها يعقد الشخص عقداً ولا يعلم لماذا عقده، وهذه في حالة المجنون والمعتوه وذلك أن إرادتهما لا قيمة لها لأن القانون لا يعتد إلا بالإرادة الصادرة عن وعي وتمييز، والثانية أن يعقد شخص عقداً لغرض معين يعتقد وجوده ثم يتبين أن هذا الغرض غير موجود، ولذا يقال في هذه الحالة أن هناك غلطاً في السبب. (٢)

الفرض الثاني: وفي هذا الفرض يوجد السبب ولكن يبطل العقد بالرغم من صحة الرضا، وسلامة الإرادة من شوائب العيب وذلك إذا كان السبب غير مشروع، أي كان مخالفاً للنظام العام والآداب، ففي هذين الفرضين دليل على وجود الباعث كعنصر متميز عن الإرادة ولازم لتكوين العقد ونشوء الالتزام، وإن كان يقرب بينهما أن كلا منهما ينطوي على ظاهرة نفسية يتعين تعقبها بالبحث عن نية المتعاقد لمعرفة لماذا أراد العقد، ولماذا أراد أن يلتزم. (٣).

(١) د/ عبد الرازق حسن فرج: مصادر الالتزام طبعة ١٩٨٣م ص ٢١٨، د/ محمد حسين

منصور: المرجع السابق ص ٢١٤

(٢) د/ أنور سلطان مصادر الالتزام طبعة منشأة المعارف ١٩٧٠ فقرة ١٦١ ص ١٤٣، ١٤٤.

(٣) د/ أنور سلطان السابق رقم ١٦١ ص ١٤٣ - ١٤٤، د/ عبد المنعم البدرأوى: مصادر الالتزام ط ١٩٩٢ ص ٣٣٠، ٣٣١.

ثالثاً: الإرادة والرضا:

الرضا أو التراضي هو توافق إرادتين أو أكثر على إبرام العقد، وقوام الرضا هو الإرادة فلا يتعاقد من لا يريد، ولذلك إذا باع شخص لآخر ببيعاً صورياً، فلا البائع أراد البيع ولا المشتري أراد الشراء، لا ينعقد عقد لعدم وجود الإرادة^(١)، ورغم أهمية الإرادة بالنسبة للرضا إلا أنه يجب عدم الخلط بينهما لأن الرضا لا بد أن يكون ثنائياً أى يستلزم وجود شخصين على الأقل، لكل منهما إرادة، بخلاف الإرادة فلا يشترط فيها ذلك، فهي إحدى طرفي الرضا.^(٢)

(١) د/ محمد لبيب: مصادر الالتزام طبعة ١٩٧٣ ص ٦٦.

(٢) د/ عبد الحى حجازى: مصادر الالتزام طبعة ١٩٥٥ رقم ٥٨ ص ٥٢.

المبحث الثالث

الموازنة بين القانون المدنى والفقہ
الإسلامى

بالموازنة بين القانون المدنى والفقہ الإسلامى نلاحظ الآتى:

١- تستعمل الإرادة عند جمهور الفقهاء بمعنى القصد إلى الشئ والاتجاه إليه، وفى هذا يتفق القانون مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء حيث عرفت الإرادة فيه بأنها: (أن يعى الشخص أمر التعاقد الذى هو قادم عليه وينتهى إلى أن يقصده). (١)

٢- الإرادة نوعان: إرادة ظاهرة، وإرادة باطنة، وهما تعبيران قانونيان، أما الفقہ الإسلامى فهو يعبر عن الإرادة الظاهرة بالصيغة، وعن الإرادة الباطنة بالنية أو القصد، ولا مشاحة فى الاصطلاح.

٣- إن الإرادة هى قوام الرضا فلا يتعاقد من لا يريد، ولكى يتوافر الرضا بالعقد يجب أن تكون الإرادة صحيحة واعية صادرة من شخص يعقل معنى التصرف، وأن يكون مدركاً لماهية العقد وهى محل اتفاق بين القانون المدنى والفقہ الإسلامى.

٤- يرى بعض الفقهاء أن النية والإرادة بمعنى واحد، ويرى البعض الآخر أنهما مختلفان، فكل نية إرادة لا العكس أى أن بينهما عموم وخصوص وجهى، ويتفق القانون المدنى مع القائلين بأنهما مترادفان.

٥- يعد الباعث محركاً للإرادة نحو تحقيق غرض من الأغراض وهو بمثابة قيد لها ورقيب عليها حتى لا تتناقض المقاصد الشرعية، فهو عمود الإرادة يحركها إلى المشروع فيكون صحيحاً وإلى غير

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق - ص ٨٩.

المشروع فيكون باطلاً، وهذا محل اتفاق بين القانون المدنى والفقہ الإسلامى.

٦- هناك فرق بين الإرادة والرضا فى الفقہ الإسلامى، فالإرادة مجرد القصد إلى الشئ إن لم يرتاح إليه، أما الرضا فهو الرغبة فى الفعل والارتياح إليه، ولا يعرف القانون هذه التفرقة، وإن كان فرق بينهما على أساس أن الرضا لا يتحقق إلا بوجود إرادتين على الأقل أما الإرادة فهى أحد طرفى الرضا.

الفصل الثاني

نظرية الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

تمهيد:

التعبير بالإرادة الظاهرة والباطنة ليس تعبيراً فقهياً أصيلاً — كما سبق أن ذكرنا — بل هو تعبير مستحدث في الفقه الإسلامي، والظاهر أنه تعبير قانوني المنشأ استخدمه المعاصرون من الباحثين في كتاباتهم^(١) ويقابل التعبير بالإرادة الظاهرة عند الفقهاء التعبير بالصيغة ونحو ذلك، كما يقابل التعبير بالإرادة الباطنة عندهم النية أو القصد أو الرضا ونحو ذلك^(٢)، والعلاقة بينهما أن الإرادة الظاهرة دالة على الإرادة الباطنة، حيث إنها تبرزها^(٣)، ومن هنا لا يكون لإحدهما على انفراد أثر في وجود العقد، هذا وقد كانت مسألة المفاضلة بين الإرادة الظاهرة والباطنة محل خلاف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على السواء.

وسنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتحدث في الأول عن موقف الفقه الإسلامي من الإرادة الظاهرة والباطنة، وفي المبحث الثاني نتحدث عن موقف القانون الوضعي من الإرادتين الظاهرة والباطنة.

(١) انظر د/ محمود عبد الرحمن في رسالته للدكتوراه: الاعتداد بالبائع غير المشروع وأثره على العقود والتصرفات رقم ١١٦ ص ٩٠.

(٢) د/ أمل أحمد حسنين: المقاصد والنيات وأثرها في العقود (ماجستير) ص ١٠٤، د/ عبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية طبعة مؤسسة الرسالة ص ٣٠٠.

(٣) د/ بدران أبو العنين بدران الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٣ ص ٣٧٦.

المبحث الأول

موقف الفقه الإسلامى

من الإرادة الظاهرة والباطنة

اتضح لنا مما سبق ان الإرادة هي الأساس فى إنشاء العقود، وأنها تنقسم إلى قسمين: إرادة ظاهرة وإرادة باطنة، وأن الأولى هي التى تظهر وتصح عن الثانية، ولذا لا يكون لوجود إحداهما منفردة أثر فى وجود العقد، وهاتان الإرادتان قد تكونا متوافقتين وقد تكونا مختلفتين، ولذا فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطالب نتحدث فى المطلب الأول عن العلاقة بين الإرادة الظاهرة والباطنة، وفى الثانى نتحدث عن حكم توافق الإرادتين الظاهرة والباطنة، وفى المطلب الثالث نعرض لمسألة المفاضلة بين الإرادة الظاهرة والباطنة عند اختلافهما، وفى المطلب الرابع نتحدث عن أساس اختلاف الفقهاء فى الأخذ بأى الإرادتين.

المطلب الأول

العلاقة بين الإرادة الظاهرة والباطنة

لا يتحقق الالتزام فى الفقه الإسلامى إلا بوجود إرادتين إحداهما باطنة وهى الأصل وتسمى فى الفقه الإسلامى بالقصد أو النية ولكن هذه الإرادة الباطنة من الأمور التى لا يعلم بها إلا صاحبها، لذلك كانت فى حاجة إلى ما يظهرها ويفصح عنها بما يسمى فى الفقه الإسلامى بصيغة العقد، وهذه هي الإرادة الثانية وتسمى بالإرادة الظاهرة ^(١) والعلاقة بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة هي علاقة ما بين القلب واللسان، فجعل

(١) د/ عبد المجيد مطلوب: نظرية الإرادة المنفردة فى الفقه الإسلامى ص ٧٩ ط ١٩٨٧ م.

اللسان على الفؤاد دليلاً^(١)، بحيث تبرز العبارة التى ينطق بها اللسان أو ما يقوم مقامها ما يدور فى داخل النوايا والأفئدة والصدور من مقاصد وغايات ودوافع وفق المجرى العادى للأمر وتترجمها إلى واقع يعرفه الآخرون، ويرتبطون على أساسه بأفعالهم وأقوالهم بأى نوع من أنواع الارتباطات مثل الالتزام أو العقد أو التصرف^(٢)، وهكذا نجد أن الشارع الإسلامى جعل الإرادة الظاهرة دليلاً على الإرادة الباطنة، ولذا فإن الإرادة وحدها لا تصلح أن تكون مناطاً للأحكام رغم أنها أساس العقد لأنها أمر خفى، ولا مظهر له إلا الصيغة الدالة عليها والتى هى مظهر الحكم، وإظهار الإرادة بالعبارة أو ما يقوم مقامها ليس مجرد دليل إثبات، وإنما هو عنصر مقوم وجزء جوهري لا ينفصم عن مجموع الظروف التى يتألف منها التصرف القانونى، فهو ليس إعلاناً عن تصرف موجود وليس طريقاً للشهر بل هو ذو قيمة خاصة.^(٣)

وبناء على ما سبق فإن إظهار الإرادة أمر ضرورى كشرط لإنتاجها لحكمها الشرعى، فإذا وجدت الإرادة الباطنة فقط فلا ينعقد بها عقد ولا ينشأ بها وحدها التزام، فمن نوى فى نفسه بيع سيارته لفلان أو إيجاراتها له، ولم يصاحب ذلك تعبير قولى يدل على ما فى نفسه فلا أثر

(١) د/ محمود محمد شعبان: السبب الباعث على التعاقد (رسالة دكتوراه) ١٩٩٤ ص ٢٣٠.

(٢) د/ محمود محمد شعبان فى رسالته السابقة ص ٢٣٠.

(٣) التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى دراسة مقارنة بالفقه الغربى د/ وحيد سوار (دكتوراه) حقوق القاهرة ١٩٦٠ ص ٤٨، ٤٩، المدخل للفقه الإسلامى، محمد سلام

مذكور طبعة أولى ١٩٦٠ دار النهضة العربية ص ٥٣١.

لنلك النية ^(١) وعلى هذا يكاد يجمع الفقهاء المسلمون فقد جاء في المبسوط للسرخسي ^(٢): (إن ما يكون بالقلب فهو نية، والنية بدون العمل لا تثبت الفسخ ولا الإجازة، كما لا ينعقد أصل العقد بها وجاء في الشرح الكبير ^(٣) للإمام الدردير بهامش حاشية الدسوقي: (... وعليه فلو نوى ثم وطئ أو باشر بعد فليس برجعة) كما جاء في كتاب الأم ^(٤) للشافعي: (والنية لا تصنع شيئاً) كما جاء في مختصر الفتاوى لابن تيمية ^(٥): (إذا نوى رجل طلاق زوجته لم يقع بمجرد النية طلاق باتفاق الفقهاء) وهذه النصوص تعنى أن هناك إجماعاً على ضرورة إظهار الإرادة ^(٦)، وسند الفقهاء فى اشتراطهم لظهور الإرادة قول الرسول ﷺ: " إن الله تجاوز لى عن أمتى ما وسوست به صدورها ما لم تعمل أو تتكلم ". ^(٧)

(١) د/ أحمد فرج حسين: الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية طبعة دار المطبوعات الجامعية ص ١٥٨.

(٢) المبسوط للسرخسي ٤٧/١٣ طبعة دار المعرفة بيروت لبنان.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤١٦/٢، ٤١٧ طبعة دار إحياء الكتب العربية.

(٤) كتاب الأم للشافعي ٤٢/٤ طبعة الشعب.

(٥) مختصر الفتاوى لابن تيمية ص ٤١٩ مطبعة المدني ١٩٨٠م.

(٦) ولا يشذ عن هذا الاتجاه إلا قول فى المذهب المالكي يذهب إلى النية الباطنة تنتج أثرها الشرعى فى بعض التصرفات ولو لم يفصح عنه صاحبها بتعبير خارجي، ولعل هذا الاتجاه الذى يسعى إلى احترام الإرادة العارية عن أى ثوب خارجي يعبر عين اتجاه المذهب المالكي العام نحو احترام الإرادة الحقيقية، ومن ذلك ما جاء فى شرح الحطاب: (إن الرجعة تصح بمجرد النية) انظر مواهب الجليل للحطاب ١/٤ ط دار الفكر، وانظر د/ وحيد سوار فى رسالته السابقة ص ٣٧، ٣٨.

(٧) الحديث رواه الإمام البخارى ، فتح البارى شرح صحيح البخارى ٣٠٠/٩ رقم الحديث ٥٢٦٩ كتاب الطلاق فى الإغلاق والكره والسكران والمجنون طبعة دار الريان كما أخرجه الإمام مسلم فى كتاب الإيمان باب تجاوز الله عن حديث النفس والخواطر بالقلب ما لم تستقر ١٢٠/٢ رقم ٢٠١ طبعة دار الفكر.

المطلب الثاني

حكم توافق الإرادتين

الظاهرة والباطنة وأثر ذلك

اتضح لنا مما سبق أنه إذا وجدت الباطنة وحدها، فلا يترتب على وجودها أثر، فلا ينعقد العقد بمجرد النية، ولو تصادق الطرفان على وجود نيتهما، فمن نوى طلاقاً أو قفا مثلاً لا يكون بمجرد نيته مطلقاً ولا واقفاً، كذلك إذا وجدت الظاهرة وحدها، فلا تفيد شيئاً، فالعبارة الصادرة من الصبي غير المميز والنائم والمجنون لا اعتبار لها ولا أثر لها في وجود العقد ^(١)؛ لأن قوام العقد في الحقيقة هو إرادة العاقد، ولم يكن لألفاظه قيمة إلا باعتبار أنها دالة على تلك الإرادة، فإذا تبين أن ليس وراءها هذه الإرادة لم يكن لها قيمة ولم يترتب عليه التزام. ^(٢)

أما إذا وجدت الإرادة الظاهرة والباطنة فإن تمام العقد وترتيب آثاره متوقف على توافقهما، والأصل هو توافق الإرادتين الظاهرة والباطنة، فمطابقة اللفظ للقصد هو الوضع العادي للأمور، والقطع بمراد المتكلم بحسب ما في نفسه، وما يقتزن به من القرائن الحالية واللفظية، وحال المتكلم به وغير ذلك ^(٣)، فإذا وجدت الإرادتان الظاهرة والباطنة وكانتا متوافقتين، وتوافرت كل الشروط المعتبرة تم العقد وترتب عليه آثاره. ^(٤)

(١) د/ بدران أبو العنين بدران: الشريعة الإسلامية طبعة ١٩٧٣ ص ٣٧٦، ٣٧٧.

(٢) راجع: الموافقات للشاطبي ١/١٤٩ دار المعرفة للطباعة والنشر: أحكام المعاملات

الشرعية لشيخ على الخفيف ص ١٥٧ بدون تاريخ.

(٣) إعلام الموقعين لابن القيم ٣/٨٦، ٨٨ طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

(٤) د/ بيان أبو العنين مرجع سابق ٣٧٧.

المطلب الثالث

المفاضلة بين الإرادتين

الظاهرة والباطنة عند اختلافهما

إذا جاءت الإرادة الظاهرة مخالفة للإرادة الباطنة فهل العبرة فى انعقاد العقد بالإرادة الظاهرة، أم بالإرادة الباطنة، وبعبارة أخرى إذا ثبت أن الإرادة الظاهرة تخالف الإرادة الباطنة فأى الإرادتين أولى بالتقديم ؟

اختلفت أنظار الباحثين فى موقف الفقه الإسلامى من نظريتى الإرادة الظاهرة والباطنة ^(١) فذهب فريق إلى أن الفقه الإسلامى موضوعى النزعة يعتد بالإرادة الظاهرة، وبهذا رأى قال الأستاذ المرحوم السنهورى فى أكثر من موضع فى كتابيه الوسيط ومصادر الحق. ^(٢)

أما رأى الثانى فقد قال به دكتور صبحى محمصانى فى كتابيه فلسفة التشريع فى الإسلام، والنظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية. ^(٣)

(١) لا نظير لهذا التعبير — كما عرفنا — فى الكتب الفقهية الشرعية، وإنما يعبر عن الإرادة الباطنة بالنية، وعن الإرادة الظاهرة باللفظ وما قام مقامه، ينظر: الالتزامات فى الشرع الإسلامى للمرحوم أحمد إبراهيم بك ٧٦/٢ هامش رقم (١) طبعة دار الأنصار، وانظر قاعدة الأمور بمقاصدها دراسة نظرية وتأصيلية للدكتور: يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين مكتبة الرشد الرياض ص ١٢٩.

(٢) السنهورى: الوسيط ١٨٠/١ هامش رقم (١) دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٢ مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ٥١/٤ طبعة دار المعارف بمصر.

(٣) فلسفة التشريع فى الإسلام ص ٢١٦، النظرية العامة للموجبات والعقود أشار إليهما د/ محمد وحيد سوار فى كتبه الشكل فى الفقه الإسلامى رقم ١٤٥ ص ١٣٠، ١٣١ ط أولى ١٩٨٥ م.

وإذا كان ما سبق يمثل رأى الباحثين المعاصرين فإن بحث هذه المسألة لدى فقهاءنا القدامى يقتضى منا أن نقول إن للفقهاء الإسلامى فى هذا المجال اتجاهين اتجاه يأخذ بالإرادة الظاهرة، والآخر يأخذ بالإرادة الباطنة:

الاتجاه الأول:

ويرى أصحابه أنه عند اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة فإن الإرادة الظاهرة هى الأولى بالتفيم وهى المعول عليهما، وعليها تبنى الأحكام وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والظاهرية ونفصل هذه المذاهب على النحو التالى:

أولاً: المذهب الحنفى:

يأخذ المذهب الحنفى فى غالب أحكامه بالإرادة الظاهرة فى إنشاء العقود والتصرفات، حيث يقول الكاسانى ^(١) فى البدائع: " إضافة الأحكام إلى الأسباب الظاهرة أصل فى الشريعة " وهناك قاعدتان فى المذهب الحنفى قد يفهم منهما ميله إلى الأخذ بالإرادة الباطنة القاعدة الأولى: " الأمور بمقاصدها " ^(٢) الثانية: " العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمباني " ^(٣).

والحقيقة أن هاتين القاعدتين لا تدلان على اتجاه المذهب الحنفى إلى الأخذ بالإرادة الباطنة، ويدل على ذلك أن ثمة قاعدة أخرى فى هذا المذهب تقول: " المعترف فى أوامر الله المعنى، والمعتبر فى أمور العباد

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ٢٧٧/٧ دار الكتب العلمية بيروت لبنان ١٩٨٦م.

(٢) المادة الثانية من المجلة.

(٣) المادة الثالثة من المجلة.

الاسم واللفظ " (١) والمراد بالمعنى فى هذه القاعدة النية والغرض الذى لم يقرن بالعقد عبارة تتبى عنه صراحة. (٢)

ثانياً: المذهب الشافعى:

يبنى الشافعية أحكامهم على الظاهر، ولا يعتنون بالبواعث والنيات إلا إذا نص عليها صراحة فى صلب العقد، لأنها حينئذ ظهرت وانكشفت (٣) فإذا كان بعض الفقهاء يرى أن الشريعة الإسلامية تتحاز فى الجملة إلى جانب الإرادة الظاهرة، فإن الإمام الشافعى أظهر من يأخذ الإرادة الظاهرة فهو لا يعتد إلا بما تنطق به عبارة العقد من غير نظر إلى النية (٤) حيث يقول (أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً فى الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما-النية إذا كانت النية لو ظهرت كانت تفسد البيع..) (٥) فمن هذا النص يظهر لنا أن الإمام الشافعى ينظر إلى الظاهر، ويهمل البواعث والنيات، ولا يأخذ بهما إلا إذا ظهرت وانكشفت لفظ يذكر فى العقد. (٦)

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٠٧، الناشر مؤسسة الحلبي ١٩٦٨م.

(٢) الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للإمام محمد أبو زهرة طبعة دار الفكر ص ٢٤٩.

(٣) د/ أمل أحمد حسنين المقاصد والنيات فى عقد النكاح (ماجستير) ٢٠٠١ ص ١٢٥.

(٤) نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى للدكتور عبد المنعم فرج الصدة ١٨٦/١ ط دار النهضة العربية ١٩٩٠.

(٥) كتاب الأم للشافعى ٦٥/٣ طبعة الشعب.

(٦) د/ عبد الكريم زيدان فى بحث له بعنوان: أثر القصور فى التصرفات والعقود ضمن مجموعة بحوث فقهية الناشر مؤسسة الرسالة ص ٢٥٥.

ثالثاً: المذهب الظاهري:

يقوم هذا المذهب على دعائتين الأولى ترك السراى والقياس، والثانية الوقوف عند ظواهر النصوص، وبالوقوف على المسائل الفقهية التى قال بها فقهاء الظاهرية نجد أنهم لم يأخذوا بالبواعث والقصود، وإنما أجروا عقود الناس وتصرفاتهم على ظاهرها دون التفات إلى نية مستورة أو باعث خفى ^(١)، ولذا أجاز الظاهرية نكاح التحليل مادام لم يشترط فى صلب العقد التحليل للزوج المطلق ^(٢)، وهذا يعنى أن المذهب الظاهري - كالمذهب الشافعى - ينحاز إلى الإرادة الظاهرة.

الاتجاه الثانى:

ويرى أصحابه أن العبرة بالإرادة الباطنة إذا اختلفت الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة، وثبت أن عبارة العاقد لم تكن ترجمة صحيحة لإرادته الباطنة وأبرز من يمثل هذا الاتجاه المالكية والحنابلة، وإليك تفصيل هذين المذهبين على النحو التالى:

أولاً: المذهب المالكي:

إن استقراء النصوص التى جاءت فى كتب المالكية تدل على أنهم يأخذون بالإرادة الباطنة، أى أنهم ينظرون إلى البواعث والنوايا المستترة لا إلى ظواهر العقود والتصرفات ^(٣)، ولذا يقول الإمام الشاطبى: " كل من

(١) د/ عبد الكريم زيدان فى بحثه السابق ص ٢٥٦، ٢٥٧.

(٢) المحلى لابن حزم ١٨٢/١٠ طبعة دار الآفاق الجديدة.

(٣) فقد جاء فى حاشية الصاوى على الشرح الصغير ٥/٢ مطبعة مصطفى الحلبي ١٩٥٢

جاء فيه: (كذا يمنع بيع كل شئ علم أن المشتري قصد به أمراً لا يجوز بيعه جارية لأهل الفساد ... أو بيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة، أو خشبة لمن يتخذها صليلاً، أو عنياً لمن يعصره خمراً أو نحاساً لمن يتخذة ناقوساً أو حرباً للحريين..).

ابتغى فى تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله فى المناقضة باطل، فمن ابتغى فى التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل". (١)

ثانياً: المذهب الحنبلى:

يعتبر المذهب الحنبلى أظهر من يأخذ بالإرادة الباطنة فقد جاء فى المغنى لابن قدامة: (٢) "وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرأً محرم ثم قال: وهكذا الحكم فى كل ما يقصد به الحرام كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو فى الفتنة، وبيع الأمة للغناء أو إيجارتها كذلك، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشباه ذلك فهذا حرام والعقد باطل".

ويتفق الزيدية (٣) والإمامية والإباضية مع المالكية والحنابلة فى أنهم يأخذون بالإرادة الباطنة، ولذا فهم يحرمون كل عقد قصد به الحرام إن علم المتعاقد الآخر به، ويكرهون العقد إن ظن فقد جاء عند الزيدية فى حكم نكاح التحليل: "... فإن شرط التحليل فى صلب العقد فسد الشرط وصح العقد وقيل بفساد العقد" وجاء عند الإمامية: "ويحرم إجارة السفن والمساكن للمحرمات وبيع العنب ليعمل خمرأً والخشب ليصنع صنماً" قال الشيخ محمد جواد مغنية بعد أن ساق بعض أقوال مشايخ الإمامية: " وكلها تدل على أن العقد يستمد وجوده من القصد لا من شكل العقد.. وقد اشتهر أن العقود تتبع القصد" وجاء عند الإباضية: "ويحرم إجارة السفن

(١) الموافقات للإمام الشاطبى ٣/٣٣٣ طبعة دار المعرفة بيروت لبنان.

(٢) المغنى لابن قدامة ٤/٥١١، ٥١٢ دار الفد العربى.

(٣) البحر الزخار ٣/٢٩، ٣٠ دار الحكمة الليمانية.

والمساكن للمحرمات، وبيع العنب ليعمل خمرًا والخشب ليصنع صنماً " وهكذا نجد أن هذه المذاهب تمثل اتجاهين يأخذ أحدهما بالإرادة الظاهرة، ويأخذ الآخر بالإرادة الباطنة. (١)

الأدلة:

استدل أصحاب الاتجاه الأول — الذين يأخذون بالإرادة الظاهرة بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة، والمعقول تقتصر منها على الآتي:

أولاً: القرآن الكريم:

١- قال الله تعالى: ﴿وَلَا أَقُولُ لَكُمْ عِنْدِي خَزَائِنُ اللَّهِ وَلَا أَعْلَمُ الْغَيْبَ وَلَا أَقُولُ إِنِّي مَلَكٌ وَلَا أَقُولُ لِلَّذِينَ تَزْدِرِي أَعْيُنُكُمْ لَنْ يُؤْتِيَهُمُ اللَّهُ خَيْرًا اللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا فِي أَنْفُسِهِمْ إِنِّي إِذَا لَمِنَ الظَّالِمِينَ﴾ (٢)

وجه الاستدلال:

يأمر الله رسوله محمداً ﷺ أن يخبر قومه بأنه لا قدرة له على التصرف في خزائن الله، ولا يعلم من الغيب إلا ما اطلعه الله عليه، ولا أقول عن هؤلاء الذين تحقرونهم وتزدرونهم أنهم ليس لهم عند الله ثواب على أعمالهم، الله أعلم بما في نفوسهم فإن كانوا مؤمنين باطنياً كما هو الظاهر من حالهم فلهم جزاء الحسنی (٣)، فالله — سبحانه وتعالى — رتب

(١) وما ينبغي ملاحظته أن نسبة المذهب إلى الإرادة الظاهرة أو الباطنة يرد عليه بعض الاستثناءات، يدل على ذلك أن الحنفية وهم يأخذون بالإرادة الظاهرة منعوا بيع السلاح من أهل الفتنة لأن المعصية تقوم بعينه فيكون إعانة لهم وتسبيهاً، والحنابلة وهم من أبرز من يأخذون بالإرادة الباطنة مع ذلك أجازوا نكاح من تزوج امرأة وفي نيته طلاقها بعد شهر أو إذا انقضت حاجته في هذا البلد. راجع للأحناف تبيين الحقائق للزيلعي ٢٨٨/٦، ٢٩ ط دار المعرفة بيروت لبنان، وللحنابلة المغنى لابن قدامة ١٠/٨، ١١.

(٢) الآية رقم ٣١ من سورة هود.

(٣) تفسير ابن كثير ٦٨٧/٢ طبعة دار إحياء الكتب العربية.

الحكم في هذه الآية على ظاهر إيمانهم، ورد علم ما في نفوسهم إلى العالم بالسرائر المطلع على ما في النفوس، ففهم من ذلك أن مبنى الأحكام هو الظاهر، أما الباطن فمرده إلى علام الغيوب. (١)

٢- وقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْنُوءًا﴾ (٢)
وجه الاستدلال:

يقول الله — تعالى — لنبيه لا تتبع ما لا تعلم ولا يعينك بل تثبت من كل خبره فدل ذلك على أنه سبحانه لم يجعل لنا علماً بالنيات والمقاصد تتعلق الأحكام الدنيوية بها بل علق هذه الأحكام على الظاهر. (٣)
ثانياً: السنة:

جاءت عن النبي ﷺ أحاديث كثيرة تدل على أن الأصل هو بناء الأحكام على الظاهر فنقتصر من هذه الأحاديث على الآتي:

١- روى الإمام البخاري ومسلم في صحيحهما عن أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ سمع خصومه بباب حجرته فخرج إليهم فقال: " إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى بنحو ما أسمع، فمن قضيت له بحق أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار". (٤)

وجه الاستدلال:

يدل هذا الحديث على أن الحكم بين الناس يكون بالظاهر والله

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ٨٢/٣ طبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

(٢) الآية رقم ٣٦ من سورة الإسراء.

(٣) إعلام الموقعين لابن القيم ٨٢/٣.

(٤) فتح الباري ١٨٤/١٣ باب من قضى له بحق أخيه فلا يأخذه فإن قضاء الحاكم لا يحل

حراماً ولا يحرم حلالاً رقم الحديث ٧١٨١ طبعة الريان كما أخرجه الإمام مسلم ٥/١١

باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة رقم ١٧١٣.

يتولى السرائر، ولو كانت الأحكام فى الدنيا تبنى على الباطن لتوقف النبى ﷺ فى القضاء بينهم على ظاهر كلامهم حتى يخبره الله بنياتهم ومقاصدهم لكن ذلك لم يحدث، فدل ذلك على أن الأحكام تبنى فى الدنيا على الظاهر لا على المقاصد والنيات. (١)

٢- قال الشافعى أخبرنى عمى محمد بن على عن عبد الله بن على بن السائب عن نافع عن عجير بن عبد يزيد أن ركانه بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة المزنية البتة ثم أتى إلى النبى ﷺ فقال: يا رسول الله إنى طلقت امرأتى سهيمة البتة، والله ما أردت إلا واحدة. فقال النبى ﷺ: والله ما أردت إلا واحدة فردها إليه النبى ﷺ فطلقها الثانية فى زمن عمر والثالثة فى زمن عثمان. (٢)

وجه الاستدلال:

ذكر ابن القيم والشافعى فى توجيه هذا الحديث: وفى ذلك وغيره دليل على أنه يحرم على الحاكم أن يقضى أبداً على أحد من عباد الله إلا بأحسن ما يظهر، وإن احتمل ما يظهر غير أحسنه، ثم يقول ابن القيم: " فمن حكم على الناس بخلاف ما ظهر عليهم استدلالاً على أن ما أظهروا خلاف ما أبطنوا لم يسلم عندى من خلاف التنزيل والسنة ". (٣)

ثالثاً: المعقول:

إن أحكام الدنيا كلها نيطت بالظاهر فى الشريعة الإسلامية فالنيات

(١) صحيح مسلم بشرح النووى ٦/١١، د/ عبد الحليم عبد اللطيف فى رسالته السابقة ص ١٨٣.

(٢) أخرجه الترمذى فى سننه كتاب الطلاق باب ما جاء فى الرجل يطلق امرأته البتة ٤٧١/٣: المكتبة الثقافية بيروت لبنان كما أخرجه أبو داود ٥٤٤/١، ٥٥٥ كتاب الطلاق باب فى البتة مطبعة مصطفى البابى الحلبي طبعة ثانية ١٩٨٣، كما جاء هذا الحديث فى سنن ابن ماجه كتاب الطلاق باب طلاق البتة ٦٦١/١ رقم ٢٠٥١ طبعة دار الفكر.

(٣) إعلام الموقعين لابن القيم ٨٣/٣، الأم للإمام الشافعى ٢٦٩/٧.

أمور علمها عند الله، ولا يجليها إلا يوم يكون الأمر كله لله، فالبحث عن النيات والمقاصد لا يتفق مع المبدأ العام الذى يقول إن كل الأحكام الدنيوية تبنى على الظاهر، والنبى ﷺ فى أقضيته كان يقضى بمقتضى الظاهر، وهو الذى أوحى إليه، وإذا كانت الأحكام كلها فى الدنيا كذلك، فالعقود كلها لا يؤخذ إلا بما تنطق به عبارتها من غير نظر إلى النيات خيرة أو غير خيرة^(١).

واستدل أصحاب الاتجاه الثانى الذين يأخذون بالإرادة الباطنة بالسنة والمعقول:
أولاً: السنة:

روى الإمام البخارى ومسلم فى صحيحهما عن عمر بن الخطاب أنه قال: (سمعت رسول الله ﷺ يقول: إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى...) (٢) الحديث.
وجه الاستدلال:

يدل هذا الحديث على أن العمل يتبع النية ويصحبها وأن الإنسان ليس له من عمله إلا ما نواه (٣) وهذا يعنى أن الإسلام يأخذ بالإرادة الباطنة لا الظاهرة.

ثانياً: المعقول:

أورد ابن القيم عدة أدلة على أن العبرة بالقصد لا بالألفاظ منها:

(١) الملكية ونظرية العقد للإمام أبى زهرة طبعة دار الفكر ص ٢٤٣.

(٢) أخرجه الإمام البخارى فى فتح البارى شرح صحيح البخارى ١٥/١ رقم ١ كتاب بدء الوحي، كما أخرجه الإمام مسلم فى صحيحه كتاب الإمارة رقم ١٩٠٧ ج ٧ ص ٤٦ ط دار الفكر.

(٣) فتح البارى شرح صحيح البخارى ٢٠/١.

١- من تدبر مصادر الشرع وموارده تبين أن الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها، بل جرت على غير قصد منه كالنائم والناسى والسكران والجاهل والمكره والمخطئ من شدة الفرح أو الغضب أو المرض ونحوهم ولم يكفر من قال من شدة فرحه براحلته بعد يأسها منها: " اللهم أنت عبدى وأنا ربك " فكيف يعتبر الألفاظ التي يقطع بأن مراد قائلها خلافها ... (١)

٢- إن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً وصحيحاً أو فاسداً، وطاعة أو معصية (٢) .. ودلائل هذه القاعدة نفوت الحصر، منها قوله تعالى - في حق الأزواج إذا طلقوا أزواجهم طلاقاً رجعيّاً -: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ﴾ (٣) وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا ﴾ (٤) وذلك نص في أن الرجعة إنما ملكها الله تعالى لمن قصد الصلاح دون من قصد الضرر. (٥)

٣- قد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود في العقود معتبرة وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته، بل أبلغ من ذلك، وهى أنها تؤثر في الفعل الذى ليس بعقد تحليلاً وتحريماً فيصير

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ص ٧٨، ٧٩.

(٢) المرجع السابق ص ٧٩.

(٣) الآية ٢٢٨ من سورة البقرة.

(٤) الآية ٢٣١ من سورة البقرة.

(٥) إعلام الموقعين لابن القيم ص ٧٩.

حلالاً تارة، وحراماً تارة باختلاف النية والقصد، كما يصير صحيحاً تارة وفاسداً تارة باختلافها. (١)

المناقشة والترجيح:

بعد أن ذكرنا موقف الفقه الإسلامي من الإرادتين الظاهرة والباطنة وتبين لنا أن هناك اتجاهين في الفقه الإسلامي، اتجاه يأخذ بالإرادة الظاهرة، واتجاه يأخذ بالإرادة الباطنة، يبقى بعد ذلك مناقشة هذه الأدلة، ثم بيان الراجح منها:

أولاً: مناقشة أصحاب النظرية الظاهرة:

يمكن مناقشة أدلة أصحاب هذه النظرية على النحو التالي:

١- إذا كانت الآيات القرآنية يؤخذ منها بناء الأحكام على الظاهر فإن ذلك مرهون بعدم معرفة الباطن، أما في حالة الوقوف على النية الحقيقية فإنه يتعين الأخذ بها (٢)، ولذا جاء في إعلام الموقعين: "إذا ظهر قصد المتكلم لمعنى الكلام أو لم يظهر قصد يخالف كلامه وجب حمل كلامه على ظاهره ... " (٣)

٢- أما ما استدلوا به من السنة فيمكن الرد عليه على النحو الآتي:

- قول الرسول ﷺ: "إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلي.. الحديث" يرد عليه بأن أحكام المولى سبحانه إنما تجرى على ما يظهر للعباد ما

(١) المرجع السابق ص ٨٩.

(٢) د/ عبد الحليم عبد اللطيف في رسالته السابقة ص ١٩٣.

(٣) إعلام الموقعين لابن القيم ٨٩/٣.

لم يقم الدليل على أن ما أظهره خلاف ما أبطنوه وإلا كان بناء الحكم على أساس الباطن لا الظاهر. (١)

- أما حديث ركانه لما طلق امرأته وأحلفه النبي ﷺ فيمكن مناقشته بأنه من أعظم الأدلة على أن الاعتبار في العقود هي المقاصد والنيات، فإن لفظ البتة يقتضى أنها بانة منه، وانقطع التواصل الذى كان بينهما بالنكاح، وأنه لم يسبق له عليها رجعة بل بانة منه البتة ومع ذلك فقد ردها عليه وقبل قوله أنها واحدة مع مخالفة الظواهر اعتماداً على قصده ونيتة، فلولا اعتبار القصد في العقود لما نفعه قصده الذى يخالف ظاهر لفظه مخالفة ظاهرة وبينة ... " (٢)

٣- أما ما استدلوا به من المعقول بأن أحكام الدنيا نيطت بالظاهر والرسول ﷺ كان يحكم بالظاهر فيمكن الرد عليه بان هذا صحيح ومسلم به لكن فى الأمور التى لا يمكن الوصول إليها من خلال القرائن وشواهد الأحوال أما فى حالة ظهور تلك القرائن والشواهد القائمة والبواعث المستترة فإن العبرة بالمقاصد والنيات التى يستدل عليها من خلال تلك القرائن وهذه الشواهد. (٣)

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ١٠٢/٣.

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم ١٠٣/٣.

(٣) د/ أمل أحمد حسنين فى رسالتها السابقة ص ١٣٩، الإمام محمد أبو زهرة ص ٢٤٤.

ثانياً: مناقشة أدلة أصحاب نظرية الإرادة الباطنة:

ناقش المتمسكون بالإرادة الظاهرة بعض أدلة المتمسكين بالإرادة الباطنة وذلك على النحو التالي:

١- قولهم إن الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها.. الخ يمكن مناقشته بأن هذا القول يخالف ما اتفق عليه الفقهاء من أن العقد إذا استوفى أركانه وشروطه فهو صحيح الوفاء به ^(١) امتثالاً لقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ^(٢).

٢- أما ما استدلوا به من أن النية روح العمل ولبه وقولمه وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها.. الخ فيرد عليه بأن النية والقصد من الأمور التي لا يعلمها إلا الله، ولا مؤاخذه عليها مادام لم يترجم عنه اللسان ^(٣) لقوله ﷺ: "إن الله تجاوز عن أمتي ما وسوست به صدورها ما لم تعمل أو تتكلم". ^(٤)

القول الراجح:

وبعد أن ذكرنا آراء الفقهاء بالنسبة للإرادة الظاهرة والباطنة وأيهما أولى بالأخذ عند الاختلاف وذكرنا أدلة كلا الرأيين ومناقشة ما يحتاج إلى مناقشة لا يسعنا إلا أن نرجح الرأي الثاني القائل بتغليب الإرادة

^(١) د/ محمود عبد الرحمن في رسالته السابقة ص ١٢٢.

^(٢) الآية الأولى من سورة المائدة.

^(٣) د/ محمود عبد الرحمن في رسالته السابقة ص ١٢٣.

^(٤) سبق تخريج هذا الحديث ص

الباطنة على الظاهرة عند الاختلاف وذلك للأسباب الآتية:

- ١- إن القول بترجيح الإرادة الباطنة يتفق مع نهج الشريعة في سد المنافذ إلى المحرمات واعتبارها النيات في العبادات والمعاملات. ^(١)
- ٢- إن القصد والنية يجعل الشيء حلالاً أو حراماً، وصحيحاً أو فاسداً وطاعة أو معصية. ^(٢)
- ٣- ومما يؤيد هذا الرأي أن الله رد شهادة المنافقين ووصفهم بالخداع والكذب والاستهزاء، وضمهم أنهم يقولون بأفواههم ما ليس في قلوبهم، وأن بواطنهم تخالف ظواهرهم.

(١) د/ عبد الكريم زيدان أثر القصد في العقود ضمن مجموعة بحوث فقهية مؤسسة الرسالة

ص ٢٧٠.

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم ٧٩/٣.

المطلب الرابع

أساس اختلاف الفقهاء فى الأخذ بأى الإرادتين
يرجع اختف الفقهاء فى الأخذ بأى الإرادتين الظاهرة والباطنة إلى
أمرين:

الأول: اختلافهم فى الأساس الذى يقوم عليه الإظهار:

إذا كان إظهار الإرادة شرطاً أساسياً لإنتاجها لحكمها الشرعى فإن
الفقهاء قد اختلفوا فى الأساس الذى يقوم عليه الإظهار، فالذين يأخذون
بالإرادة الباطنة يرون أن الإظهار دليل إثبات، أى أنه ليس سوى وسيلة
للكشف عن الإرادة الباطنة التى يتعذر الوصول إليها عن غير طريق
الإفصاح لخفائها وتعذر إثباتها^(١)، وهذا ما صرح به الدردير المالكى فى
الشرح الصغير عندما ربط ضرورة إظهار التعبير، وعدم إنتاج الإرادة
الباطنة لأثرها بأحكام الإثبات فقال: " إذا رفع ليمنع منها فادعى بعد العدة
أنه راجعها بالنية فلا يحكم بالرجعة لخفاء النية، فلا يمكن إثباتها ولا
يصدق فى دعواه " ^(٢)، أما الذين قالوا بالإرادة الظاهرة فهم يرون أن
إظهار الإرادة بالعبرة أو ما يقوم مقامها ليس مجرد دليل للإثبات وإنما
هو عنصر مقوم وجزء جوهرى لا ينفصم عن مجموع الظروف التى
تتألف منها التصرفات القانونية فهو ليس إعلاناً عن تصرف موجود وإنما

(١) د/ وحيد سوار: التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى دراسة مقارنة بالفقه الغربى مرجع

سابق ص ٤٤.

(٢) الشرح الصغير للدردير ١٤١/٢ طبعة المعاهد الأزهرية.

هو ذو قيمة خاصة ^(١)، فصينغ العقود ليست مجرد إخبارات عما فى النفس فحسب وإنما هى إنشاءات، فالقيمة الخاصة للتعبير تكمن فى هذه القدرة الإنشائية ومن مميزات الإنشاء أن يكون سبباً لمدلوله، بخلاف الخبر، فالتعبير هو سبب الآثار المنشئة للحكم، وبذلك تتوارى النية عن الأنظار ويكون الاهتمام منصباً على الكلمات الملفوظة. ^(٢)

ثانياً: اختلافهم فى أساس الإرادة الباطنة:

للإرادة عنصران لا تتحقق إلا بهما: أحدهما الاختيار، وثانيهما الرضا ^(٣) وقد اختلف الفقهاء فيهما هل هما بمعنى واحد أم لا ؟ وذلك على رأيين:

الرأى الأول:

وبه قال الأحناف ^(٤) وهم يرون أن الرضا والاختيار متمايزان، ومتعايران ولا تلازم بينهما فالاختيار مجرد إرادة العبارة أو ما يقوم مقامها باعتبار أنها سبب عادى لإنشاء الالتزام وأداه شرعية لوجوده سواء

(١) د/ محمد سلام منكور: مرجع سابق ص ٥٣١، د/ محمد وحيد سوار: المرجع السابق ص ٤٤ - ٤٩.

(٢) راجع د/ عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم فى رسالته للمابقة ص ١٦٤، ١٦٥، د/ أمل أحمد حسنين فى رسالتها للمابقة ص ١١٥.

(٣) يعرف صاحب كشف الأسرار الرضا بأنه: (امتلاء الاختيار أى بلوغه نهايته بحيث يفضى أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة فى الوجه) ويعرف الاختيار بأنه: (القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم داخل فى قدرة الفاعل بترجيح أحد الجانبين على الآخر. انظر: كشف الأسرار لليزدوى ٣٨٢/٤، ٣٨٣ مطبعة الفاروق الحديثة للطباعة والنشر ط ثالثة ١٩٩٥.

(٤) فتح القدير لابن الهمام ٧٤/٥ المطبعة الكبرى الأميرية جاء فيه: (وهذا على ما اخترناه من أن حقيقة التراضى ليس جزء مفهوم للبيع الشرعى بل شرط ثبوت حكمه شرعاً).

وجدت الرغبة في إنشاء العقد أم لم توجد، ويتم الاختيار عندهم بترجيح فعل الشيء على عدم فعله أو العكس ويرون أن الاختيار قد يكون صحيحاً عن ميل ورغبة وقد يكون الاختيار فاسداً لا عن ميل ورغبة، وإنما يكون دفعاً لشر أعظم أو اختيار لأخف الضررين، أما الرضا فهو ارتياح النفس وانبساطها عن عمل ترغب فيه فهو لا يتحقق بمجرد القصد إلى العبارة المنشئة للعقد، بل لا يتحقق إلا بالرغبة فيه ^(١)، وبناء على ما سبق فإنه إذا لم يوجد القصد إلى العبارة المنشئة للالتزام لا يتحقق الاختيار ولا الرضا كالعبارة الصادرة من النائم والمجنون، وإذا وجد القصد إلى العبارة المنشئة للالتزام ولم توجد الرغبة في الآثار المترتبة عليه تحقق الاختيار دون الرضا وذلك كالعبارة الصادرة من النائم والهازل، وإذا وجدت الرغبة في آثار الالتزام تحقق الرضا ويلزم بالضرورة تحقق الاختيار، لأن الرغبة في آثار الالتزام لا توجد إلا مع قصد التلطف بالعبارة المنشئة له. ^(٢)

الرأى الثانى:

وبه قال جمهور الفقهاء ^(٣) — وخاصة الشافعية — وهم يرون أن

(١) انظر في التفرقة بين الرضا والاختيار: المبسوط للمرخسى ٥٦/٢٤ - ٥٩، المدخل للفقهاء الإسلامى محمد سلام مذكور ص ٥٦٤ وما بعدها، الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للإمام محمد أبو هرة طبعة دار الفكر العربى ص ٢٢١، ٢٢٢.

(٢) د/ عبد المجيد مطلوب نظرية الإرادة المنفردة ص ٨٠، ٨١.

(٣) فقد علل الشافعية عدم صحة بيع المكروه بغير حق بعدم وجود الرضا وبعضهم علل ذلك بعدم وجود الاختيار، تحفة المحتاج ٢٢٩/٤ طبعة دار صادر بيروت، نهاية المحتاج ٣٨٧/٣، واعتبره الشاطبى والحطاب من الملكية عديم الاختيار، كما أنه عديم الرضا، الموافقات للشاطبى ٣٢٤/٢ طبعة دار صادر بيروت مواهب الجليل للحطاب ٢٤٥/٤، ٢٤٦، وفسر البهوتى والمرداوى الرضا بالاختيار كشاف القناع ٤٩/٢ طبعة دار الفكر الإنصاف للمرداوى ٢٥٣/٤ طبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

الرضا والاختيار اسمان لشيء واحد، فهما لفظان مترادفان ومتلازمان، فكلهما يدل على القصد إلى الشيء مع اتجاه الرغبة إلى تحقق آثاره، ولا يوجد أحدهما بدون الآخر ويرى البعض ^(١) أن التفرقة بين الرضا والاختيار ليست خاصة بالأحناف بل هي مشتركة بينهم وبين بقية المذاهب، إلا أن الخلاف بين المذهب الحنفى وغيره من المذاهب فى صدد التميز بين إرادة التعبير وإرادة الأثر إنما هو خلاف فى الدرجة، فإذا كانت هذه التفرقة تظهر بوضوح عند الأحناف، فإن الذى يجد من ظهورها عند الشافعية تغاليهم فى مبدأ جعلية الآثار، فحكم العقد عندهم من جعل الشارع وإرادته لا دخل لقصد المتعاقدين فيه حتى بدا الرضا والاختيار شيئاً واحداً، أما الحنابلة والمالكية فإن الذى يحد من ظهور هذه التفرقة عندهم بين الرضا والاختيار اتجاههم القوى نحو مبدأ سلطان الإرادة. ثمرة الخلاف بين الحنفية وغيرهم:

اتضح لنا مما سبق أن الفقه الإسلامى — وفقاً لرأى الأحناف — عرف التفرقة بين مجرد إرادة التعبير دون الرغبة فى الأثر المترتب عليه، وبين إرادة الأثر الذى يتضمن قطعاً إرادة التعبير ^(٢)، وقد رتب الأحناف على هذه التفرقة تفرقة بين الاختيار والرضا، بخلاف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الرضا والاختيار شيء واحد، وثمره الخلاف بين الحنفية وغيرهم أن الإرادة الباطنة تتحقق بالاختيار وحده، أما الرضا فهو شرط لتمام صحتها، وبناء على ذلك فإن الالتزام عند الأحناف قد

(١) د/ وحيد الدين سوار فى رسالته السابقة ص ٤٥٢، المدخل لمذكور ص ٥٦٤ وما بعدها.

(٢) راجع: المدخل لمذكور — مرجع سابق — ص ٥٦٤ وما بعدها.

يكون صحيحاً، وقد يكون فاسداً، وقد يكون باطلاً^(١)، أما غير الحنفية فإن الالتزام عندهم قد يكون صحيحاً، وقد يكون باطلاً ولا ثالث لهما ؛ لأن الإرادة الباطنة عندهم لا تتحقق إلا بالرضا والاختيار ولذا فإن الالتزام الفاسد لا وجود له عندهم وهو مرادف للالتزام الباطل، ولذا جاء في الأحكام للأمدى: (وأما الفاسد فمرادف للبطل عندنا وهو عند أبي حنيفة قسم ثالث)^(٢) وهكذا نجد تفريق الحنفية بين أصل العقد ووصفه والتمييز تبعاً لذلك بين العقد الباطل والعقد الفاسد صناعة فقهية قد انفردوا بها^(٣) ولكن يلاحظ أن الحنفية يفرقون بين الباطل والفاسد في المعاملات أما في العبادات فالباطل والفاسد عندهم سواء^(٤)، كما يلاحظ أن الفاسد أعم من الباطل لأن كل باطل فاسد ولا ينعكس وهذا لأن الباطل مضمحل الأصل، والفاسد مضمحل الوصف دون الأصل.^(٥)

كذلك تظهر ثمرة الخلاف بين الحنفية وغيرهم من جهة أخرى في تمييز الأحناف بين تصرفات تقوم عبارتها مقام معناها وتكفي فيها بالاختيار دون الرضا وهي التصرفات التي لا تقبل الفسخ كالنكاح

(١) فالعقد الصحيح ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، والعقد الباطل ما لا يكون مشروعاً لا بأصله ولا وصفه، والفاسد ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه. راجع فيما سبق تيسير التحرير ٢/٢٣٦، ٢٣٧، ط مصطفى الحلبي، البحر الرائق ٦/٧٥ ط دار المعرفة بيروت.

(٢) الإحكام في أصول الأحكام للأمدى ١١٣/١ طبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان، كما يراجع في نفس المعنى المحلى لابن حزم ٤٤١/٨ رقم ١٤٤٦ طبعة دار الفكر.

(٣) مصادر الحق في الفقه الإسلامي د/ عبد الرزاق السنهوري ٤/١٥٠ ط ١٩٦٧.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم طبعة مؤسسة الحلبي ١٩٩٨ ص ٣٣٧.

(٥) حاشية الشلبي على شرح كنز الدقائق ٤/٤٤.

والطلاق وتصرفات لابد فيها من توافر الاختيار والرضا وهى التصرفات التى لا تقبل الفسخ كالبيع وغيره ولذا صححوا نكاح المكره والهازل وطلاقه ورجعته، وحكموا بفساد بيع المكره والهازل والخاطئ لفساد الاختيار، ويطلق تصرفات المجنون والنائم لتخلف العنصر المعنوى بكامله بما فيه من إرادة للتعبير وإرادة الأثر.^(١)

(١) د/ وحيد الدين سولر فى رسائلته السابقة ص ٤٤٥، ٤٤٦، د/ عبد المجيد مطلوب: مرجع

المبحث الثاني موقف القانون المدنى من الإرادة الظاهرة والباطنة

تمهيد وتقسيم:

من المسلم به أن الإرادة هى قوام التصرف القانونى فهى ركنه الأساسى وبدونها لا ينعقد العقد، يستوى فى هذا الشأن أن تكون الإرادة متعددة فى عقد تبادلى كعقد البيع أم فى تصرف انفرادى كالوصية، غير أن الإرادة فى حد ذاتها تعتبر ظاهرة نفسية لا وجود لها إلا إذا ظهرت إلى العام الخارجى وذلك بالتعبير عنها. ^(١)

وبهذا لا يكفى أن توجد الإرادة بل يلزم أن يعبر عنها صاحبها، والأصل أن يعلن الإنسان ما استقر عليه العزم فى نفسه، وعندئذ تتطابق الإرادتان الظاهرة والباطنة، ولكن قد يحدث أن تختلف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ^(٢)، وبناء على ما سبق فإننا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نتحدث فى الأول عن ضرورة إظهار الإرادة، وفى الثانى نعرض لحكم توافق الإرادتين، وفى الثالث نتحدث عن مخالفة الإرادة الظاهرة للباطنة وأثره.

(١) انظر: د/ عبد الرازق حسن فرج فى بحث دور السكوت فى التصرفات القانونية مطبعة المدنى ص ١٦، كما يراجع رسالة دكتوراه بعنوان السكوت المعبر عن الإرادة وأثرها فى التصرفات دراسة فى القانون المدنى المصرى ونظيره اليمنى مقارنة بالفقهاء الإسلامى إعداد الدكتور عبد القادر محمد قحطان ص ٥٩٥ د/ جميل الشرقاوى مصادر الالتزام طبعة دار النهضة العربية ١٩٨٦م ص ٨٨، د/ محمد إبراهيم دسوقي مصادر الالتزام فقرة ٤٤ ص ٤٨ طبعة ١٩٩٣ د/ محمد لبيب شنب مصادر الالتزام طبعة ١٩٧٣ فقرة ٦٥ ص ٨٥ د/ عبد الرازق حسن فرج مصادر الالتزام فقرة ٤٧ ص ٦٥ مطبعة الفجر الجديد ١٩٨٣م.

(٢) د/ محمد إبراهيم دسوقي: المرجع السابق فقرة ٤٥ ص ٤٨.

المطلب الأول

ضرورة إظهار الإرادة

اتضح لنا مما سبق أن الرضا هو قوام العقد وأساسه، والمقصود بالرضا بمعناه العام اتجاه الإرادة إلى الأثر القانوني المطلوب ولا يتوافر الرضا بالعقد إلا إذا وجدت الإرادة لدى كل من طرفيه فإذا لم توجد الإرادة لأى سبب من الأسباب فإن الرضا لا يتوافر وبالتالي لا ينعقد العقد، إذ لا يتعاقد من لا يريد ^(١)، كما يلزم لكى يتوافر الرضا أن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى معين، بل يلزم أن تكون هذه الإرادة فى قصدما إحداث الأثر القانونى جادة غير هازلة، ولا معلقة على محض مشيئة صاحبها ^(٢) والمهم فى هذه المسألة — كما سبق أن ذكرنا — أن الإرادة فى حد ذاتها تعتبر ظاهرة نفسية لا وجود لها إلا إذا ظهرت إلى العالم الخارجى بحيث تخرج من عالم المشاعر والأفكار إلى نطاق الظواهر حيث تترك بالحواس، وهو النطاق الذى يعمل فيه القانون ^(٣)، ولذا فإن القانون لا يهتم بالإرادة طالما أنها باقية فى مكنها تخالغ النفس والنية والضمير فهى مجرد إحساس أو شعور، والقانون لا يهتم بمجرد المشاعر والأحاسيس ولهذا لا يكتفى أن توجد الإرادة، وإنما يلزم أن يعبر عنها صاحبها ^(٤) فالتعبير عن الإرادة هو المظهر الذى تظهر به الإرادة

(١) انظر فى هذا المعنى: د/ عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد والإرادة طبعة ١٩٨٤ فقرة ٤٠ ص ٨٨، ٨٩، د/ مصطفى الجمال مصادر الالتزام طبعة ١٩٩٩ ص ٤٥، ٤٦.

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق ص ٩١.

(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق ص ٩٣، د/ مصطفى الجمال المرجع السابق ص ٤٦، د/ عبد الرازق حسن فرج دور السموت فى التصرفات القانونية مرجع سابق ص ١٦ / ١٧، د/ جميل شرقاوى مصادر الالتزام دار النهضة العربية طبعة أولى ١٩٨٦ فقرة ١٧ ص ٨٨.

(٤) د/ عبد الرازق حسن فرج: مصادر الالتزام — السابق — فقرة ٤٧ ص ٦٥.

إلى العالم الخارجى وهو لا يقوم بهذا رأى إلا إذا ضمت أجزاءه بعضاً للبعض — أى بالتعبير الرئيسى مضافاً إليه الظروف الخارجية المصاحبة لتكوين التصرف ويلاحظ أن أى وسيلة تكفى للإفصاح عن الإرادة وتعتبر تعبيراً عنها، يستوى أن تكون هذه الوسيلة هى اللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو مجرد اتخاذ موقف يدل عليها ^(١)، ومن ناحية أخرى فإن التعبير عن الإرادة يجوز أن يكون صريحاً ويجوز أن يكون ضمناً، والفرق بينهما أن التعبير الصريح يدل مباشرة على المعنى المقصود من الإرادة مثل استعمال لفظ البيع أو الشراء أما التعبير الضمنى فهو يكشف عن الإرادة بطريقة غير مباشرة، مثل أن يعد شخص آخر ببيع شيء مملوك له بثمن معين إذا أظهر هذا الأخير رغبته خلال فترة معينة، فيتصرف الموعود له فى هذا الشيء، فهذا التصرف يعتبر إرادة ضمنية من الموعود له على قبول الوعد بالبيع، خلاصة القول أن الإرادة أمر كامن فى النفس لا يمكن أن تحدث أثراً فى عالم القانون إلا إذا تم الإفصاح عنها، والتعبير عن الإرادة — سواء كان صريحاً أو ضمناً — إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً ٢/٩٠ هو المظهر الذى تظهر به الإرادة إلى العالم الخارجى. ^(٢)

(١) د/ محمد حسين منصور: مصادر الالتزام طبعة الدار الجامعية ص ١٠٨، د/ وليم سليمان قلادة فى رسالته للدكتوراه: التعبير عن الإرادة فى القانون المدنى دراسة مقارنة ١٩٥٥م المطبعة التجارية ص ٤٢٥، د/ حمدى عبد الرحمن: الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات العقد والإرادة المنفردة ط دار النهضة ١٩٩٩م ص ١٤٩، د/ عبد الودود يحيى: الموجز فى النظرية العامة للالتزامات طبعة ١٩٨٢م ص ٢٧١.

(٢) د/ عبد الودود يحيى — المرجع السابق ص ٢٧ — د/ محمد حسين منصور: المرجع

المطلب الثانى

موافقة الإرادة الظاهرة للباطنة

إن ترتيب الأثر القانونى إنما يتوقف على إعلان الإرادة، فإذا ما أعلنت وجب الاعتداد بها، ويطلق على الإرادة قبل إعلانها، أى فى المرحلة التى ما زالت فى طوايا النفس اسم الإرادة الباطنة، بينما يطلق على ذات الإرادة بعد إعلانها اسم الإرادة الظاهرة، والأصل أن يعلن الإنسان ما استقر عليه العزم، وعندئذ تتطابق الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة بحيث يعبر عن إرادته الحقيقة تعبيراً صادقاً^(١)، فإذا تحقق ذلك فلا تثار حينئذ مشكلة مادام التعبير عن الإرادة جاء أميناً صادقاً أى متفقاً مع حقيقة ما إرادة الشخص^(٢) ويرجع ذلك إلى أن آثار الاعتناء بالإرادة الباطنة أو بالعبرة لا تظهر بوضوح عندما تكون الإرادة الباطنة تتفق مع العبارة ولا تختلف عن مظهرها الخارجى، حيث يكون الأخذ بأى الإرادتين سواء مادام الاثنان متطابقين، وحينئذ ينعقد العقد وتترتب عليه آثاره.^(٣)

(١) د/ محمد إبراهيم دسوقي: المرجع السابق فقرة ٤٤ ص ٤٧، ٤٨.

(٢) د/ محمد لبيب شنب: المرجع السابق فقرة ٧٢ ص ٩٨.

(٣) د/ على محيى الدين على فى رسالته للدكتوراه مبدأ الرضا فى العقود ج ٣ ص ١٥٥١، كما ينظر د/ عبد الرزاق السنهورى: مصادر الالتزام ١٧٩/١ الناشر دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٢.

المطلب الثالث

المفاضلة بين الإرادة الظاهرة والباطنة
عند اختلافهما

الأصل أن الإرادة الباطنة تتفق مع الإرادة الظاهرة — كما سبق أن ذكرنا — ولا تثار أية مشكلة حينئذ، ولكن الصعوبة تثار إذا اختلف مفهوم التعبير عن حقيقة الإرادة، وبعبارة أخرى إذا اختلفت الإرادة الباطنة عن الإرادة الظاهرة، في هذه الحالة يثار التساؤل عن أى الإرادتين يجب الاعتماد به فى التعاقد ؟ كما لو وضع تاجر سهواً منه ثمناً على سلعة أقل بكثير من الثمن الذى يقصد به البيع، ولكن يوقع عقداً مطبوعاً لا يقبله لو فطن إليه ^(١).. يتنازع هذه المسألة فى الفقه الغربى اتجاهان رئيسيان: اتجاه يأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة، والآخر يأخذ بنظرية الإرادة الباطنة، ولاشك أن هذا الخلاف من أهم نتائج الخلاف بين المذهبين الشخصى والموضوعى، فقد سادت نظرية الإرادة الباطنة لدى أنصار المذهب الشخصى، بينما أخذ أنصار المذهب الموضوعى بنظرية الإرادة الظاهرة ^(٢)، ويرى البعض ^(٣) أن هذا الاختلاف يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالبحث فى أساس القوة الملزمة للعقد، فإذا كانت القوة الملزمة للعقد ترجع إلى ما

(١) د/ محمد لييب شنب: المرجع السابق ص ٩٨، د/ محمد حسين منصور المرجع السابق ص ١١٤.

(٢) د/ نزيه محمد الصادق المهدي: مصادر الالتزام الناشر دار النهضة العربية ١٩٩٩ ص ٥٠، ٥١.

(٣) د/ إسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام الناشر مكتبة عبد الله وهبة ١٩٦٨ ج ١ ص ٩١، وهو ينتهى إلى استبعاد السلطان الذاتى للإرادة ويبنى قوة العقد الملزمة على أساس القانون على أن يجمع بين الاعتبار الخلقية والاجتماعية.

للإرادة من سلطان ذاتى فلا مناص من الاعتراف بالإرادة الباطنة، ومثل هذا إذا قيل إن العقد يستمد قوته الملزمة من القانون على أساس الاعتبار الخلقية، أما إذا كانت القوة الملزمة للعقد تستمد من القانون على أساس الاعتبار الاجتماعية، فإنه يتعين الأخذ بالإرادة الظاهرة^(١). ونعرض فيما يلى لكلا النظريتين، ثم نبين أثر اختلاف بين

النظريتين وموقف القانون المدنى المصرى منهما، كل فى فرع مستقل:

الفرع الأول

نظرية الإرادة الباطنة

سادت هذه النظرية بوجه خاص فى الفقه الفرنسى، ومضمونها يقوم على أن العقد ليه وقوامه الإرادة، ولذلك يجب الاعتراف بالإرادة الحقيقية لأنها وحدها هى التى تلزم الشخص، أما التعبير عن هذه الإرادة فليس إلا مجرد دليل على وجود الإرادة الحقيقة فى العالم الخارجى، فإذا ما ثبت اختلافه عن هذه الإرادة فقد قيمته باعتباره دليلاً عنها وسقط ولن يبقى إلا الاعتراف بالإرادة الحقيقية وحدها، وبناء على ما تقدم فإنه يجب على القاضى عندما يفحص تكوين العقد أن ينفذ إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ولا يقنع بالمظهر الخارجى المتمثل فى التعبير عنها^(٢) وهذه

(١) وقد ظهرت بين المذهبين الرئيسيين نظرية هى نظرية النية، وهى تنقيد الأخذ بالإرادة الظاهرة بوجود أسباب معقولة تحمل الغير على الاعتقاد بأن هذا التعبير المعلن هو عين الإرادة الحقيقية لصاحب التعبير فمن أصدر تعبيره عن إرادته عليه أن يلتزم بإعلانه وفقاً للمعنى الذى يستخلصه من وجه إليه التعبير بحسن نية، راجع د/ محمد شريف أحمد - المرجع السابق ص ٤٧.

(٢) د/ نبيل إبراهيم سعد مصادر الالتزام - العقد - طبعة دار المعرفة الجامعية ص ٨١، ٨٢، د/ محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ١١٤، د/ سليمان مرقس الوافى =

النظرية من النتائج المنطقية لمبدأ سلطان الإرادة الذى بمقتضاه لا يلتزم إلا إذا أراد أن يلتزم وبالقدر الذى يريد، وبناء عليه لا يعول على التعبير الذى يقع فيه خطأ مادى، ولا على التعبير الصورى بل يعول ولا على التعبير الصورى، بل يعول على الاتجاه الفعلى الذى ثبت أن الإرادة اتجهت إليه، والتراضى وافقاً لهذه النظرية هو تطابق الإرادتين لا تطابق التعبيرين^(١)، ويستند أنصار هذه النظرية فى تدعيمها إلى عدة حجج، أهمها:

١- حجة تاريخية:

تعتمد على اختفاء الشكلية بصورتها القديمة خاصة تلك التى يتبناها القانون الرومانى، فقد اتجهت الأنظمة الحديثة إلى مبدأ الرضائية فى العقود، ومعنى هذا المبدأ أن الإنسان يلتزم بكلمته أو بتعهده ولذا دعت القاعدة القانونية فى أن العقود شريعة المتعاقدين.

٢- حجة منطقية:

إن العقد مناطه الإرادة، ولذا فإن الشخص يلتزم لأنه أراد الالتزام، وأن الطرف الآخر قد قبل أيضاً هذا الارتباط القانونى ومن هنا كان من

= فى شرح القانون المدنى نظرية العقد والإرادة المنفردة طبعة ١٩٨٧ رابعة ص ١٤٣، ١٤٤، د/ محمد ليبيب شنب - السابق ص ٩٨ فقرة ٧٣ د/ مصطفى الجمال المرجع السابق فقرة ٤١ ص ٥٣، د/ عبد الفتاح عبد الباقي: مصادر الالتزام مطبعة نهضة مصر فقرة ٣٥ ص ٧٠، ٧١.

(١) راجع رسالة للدكتوراه بعنوان السكوت المعبر عن الإرادة فى التصرفات فى القانون المدنى المصرى ونظيره اليمنى مقارنة بالفقه الإسلامى ص ٥٩٨، ٥٩٩، د/ محمد شريف أحمد مصادر الالتزام فى القانون المدنى دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى طبعة ١٩٩٩ رقم ٦٩ ص ٤٤، ٤٥، د/ سليمان مرقس: المرجع السابق فقرة ٧٤، ١٤٤، ١٤٥، د/ وحيد الدين سوار فى رسائله السابقة ص ٢٨١، ٢٨٢.

غير المعقول أن نلزم الشخص إلا بما أراده، فإذا كان الإفصاح عن الإرادة خاطئاً فلا يقوم الالتزام، لأن هذه الإرادة هي الباعث الذى دفع الشخص إلى إبرام التصرف القانونى.

٣- حجة اقتصادية:

وهى أن العقد يمثل تصوراً اقتصادياً متقلباً بالنسبة للمتعاقدين، وهو تصور قائم على حقيقة ما أراده من توازن مالى فإذا جاء العقد غير معبر عن الإرادة الحقيقية، فإن التوقعات العقدية الاقتصادية تصبح مغلوطة وغير مطابقة لحقيقة مقصد المتعاقد^(١).

الفرع الثانى

نظرية الإرادة الظاهرة

سادت هذه النظرية بوجه خاص فى الفقه الألمانى، وهى تعتد بالإرادة الظاهرة المعلنة ولا تعول على الإرادة الباطنة الحقيقية، فقد تعرضت نظرية الإرادة الباطنة منذ أواخر القرن التاسع عشر إلى كثير من النقد على يد أتباع المدرسة الألمانية، فقالوا إن الإرادة الباطنة أمر كامن فى النفس والقانون لا يتناول إلا الإرادة فى مظهرها الاجتماعى وهو التعبير، فهذا التعبير هو الظاهرة الاجتماعية التى تصل إلى علم الغير ويركن إليها^(٢).

(١) د/ حمدى عبد الرحمن — الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات لعقد والإرادة المنفردة ط ١٩٩٩ ص ١٥١، ١٥٢.

(٢) د/ عبد المنعم البدرأوى — السابق فقر ١٢٩ ص ١٧٩، د/ سليمان مرقس: المرجع السابق ص ١٤٥، د/ محمود جمال الدين زكى: الوجيز فى النظرية العامة للالتزام مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨ فقرة ٣٨ ص ٧١، د/ محيى الدين إسماعيل: نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية والشرعية الإسلامية بدون تاريخ فقرة ١٠٦ ص ١٥٤، د/ عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد والإرادة المنفردة طبعة ١٩٨٤ ص ١١٥.

فهذه النظرية تكفى بما ظهر للإرادة دون أن تنقصى ما بطن منها وهى لذلك تسمى نظرية الإرادة الظاهرة^(١)، ويرى أنصار هذه النظرية أن التعبير دليل على الإرادة الباطنة ولكنه دليل غير قابل لإثبات العكس، لأنه ليس مجرد دليل على الإرادة بحيث يحتمل اختلاف الإرادة عنه، إنما هو الجسم الذى تتجسد فيه الإرادة بل هو الإرادة نفسها، ويترتب على ذلك أن عدم مطابقة الإرادة الباطنة للإرادة الظاهرة لا يورث العقد بطلاناً؛ لأن العقد قام بركنيه المتطابقين، وهما التعبيران، ولا عبرة بعد ذلك لما توارى وراءهما من إرادتين متغايرتين؛ لأن هاتين الإرادتين الخفيتين لا يستطيع القانون أن يمسك بهما، فهو معذور فى تجاهلهما^(٢)، ومما ينبغى ملاحظته أن القائلين بهذه النظرية لا يريدون أن يرجعوا إلى الأشكال التى تحرر منها القانون، فإنهم إذا كانوا يعتدون بمظهر التعبير عن الإرادة دون الإرادة ذاتها، فهم لا يشترطون طريقاً خاصاً للتعبير عنها، فأى مظهر من مظاهر هذا التعبير يصح عندهم، وقد يكون هذا المظهر تعبيراً صريحاً وقد يكون تعبيراً ضمناً، بل قد يكون مجرد السكوت فى بعض الأحوال مظهراً من مظاهر التعبير، كما يلاحظ أن أنصار مذهب الإرادة الظاهرة لا يهتمون بالإرادة الباطنة، ولذا فهم يشترطون أن يكون وراء هذا المظهر إرادة كامنة، ولكن هذه الإرادة مقصورة على إرادة التعبير فى ذاته دون

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة — المرجع السابق ص ١١٥.

(٢) د/ سليمان مرقس: نظرية العقد فقرة ٧٥ ص ١٤٥، د/ وحيد الدين سوار فى رسالته

السابقة فقرة ٢٨٢ ص ٢٨٢، د/ توفيق حسن فرج: دروس فى النظرية العامة للالتزام

مؤسسة الثقافة الجامعية ص ٦٠، د/ عبد القادر محمد قحطان فى رسالته السابقة

للدكتوراه ص ٦٠٢.

حاجة إلى إرادة إحداث الأثر القانوني، ولذا فهم يهدرون التعبيرات الصادرة من عديمي الأهلية^(١).

وهذا ويستند أنصار هذه النظرية في تدعيمها إلى عدة حجج أهمها:

- ١- إن أساس القوة الملزمة للعقد ليس هو القصد الحقيقي وإنما في الظروف الخارجية والمتمثلة في الإعلان الظاهر عن الإرادة.^(٢)
- ٢- إن الإرادة الباطنة أمر كامن في النفس والقانون لا يتناول ما في النفس بل هو ينظم العلاقات الخارجية وما يحدث فيها من ظواهر اجتماعية وكذلك لا يسمع كل عاقد أن يتعرف على إرادة من يتعاقد إلا عن طريق التعبير والتعبير ليس مجرد دليل على الإرادة بل هو الإرادة ذاتها.^(٣)

- ٣- إن الأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى استقرار التعامل وطمأنينة المتعاقد الذي يعتد بالمظهر الخارجي لإرادة المتعاقد الآخر فلو أجزنا إثبات الإرادة الباطنة لاضطربت المعاملات لأن الإرادة الباطنة أمر كامن في النفس يصعب على الغير أن يعرفه.^(٤)

(١) د/ عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد طبعة دار الفكر فقرة ١٧٢ ص ١٧٠، ١٧٢،

د/ وحيد الدين سوار المرجع السابق فقرة ٢٨ ص ٢٨٢، ٢٨٣.

(٢) د/ نزيه محمد الصادق المهدي المرجع السابق ص ٥٢.

(٣) د/ محمد شريف أحمد طبعة ١٩٩٩، ٤٥، ٤٦.

(٤) د/ محمد حسين منصور: المرجع السابق ص ١٤، د/ عبد الناصر توفيق العطار:

مصادر الالتزام مؤسسة البستاني للطباعة ص ٢٣.

الفرع الثالث

أثر الاختلاف بين النظريتين

وموقف المشرع المصرى منهما

أولاً: أثر الاختلاف بين النظريتين:

يبدو لأول وهلة أن الفارق جد كبير بين النظريتين، وهذا صحيح من الناحية النظرية إذ إن النظريتين مختلفتان في ذات الأساس الذى تقوم عليه كل منهما، غير أن هذا الاختلاف ليس كبيراً سواء من الناحية العملية أو القانونية^(١)، فمن الناحية العملية لا يظهر الفارق بين النظريتين إلا إذا قام الدليل على ما يخالف التعبير، وقليل ما يتيسر هذا الدليل^(٢)، ويرى البعض^(٣) أنه ليس صحيحاً ما يذهب إليه بعض الفقهاء من التقليل من أهمية الفروق بين النظريتين.

ومن الناحية القانونية فإن الأخذ بأى من النظريتين على إطلاقها غير مقصور فى أى نظام قانونى حديث: ^(٤)

١- فالأخذ بنظرية الإرادة الباطنة فيما تتأدى به من الاعتداد بالإرادة الحقيقية بصرف النظر عن التعبير عنها، يصطدم مع اعتبار هام هو أن التعبير هو الصورة الاجتماعية للإرادة، وهو الذى يجعلها ظاهرة

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد والإرادة المنفردة - السابق ص ١١٦.

(٢) د/ عبد المنعم فرج الصدة نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى طبعة دار النهضة العربية ١٩٩٠ رقم ١٣٨ ص ١٨٢، ١٨٢، د/ سعيد سعد عبد السلام مصادر الالتزام طبعة دار النهضة ٢٠٠٢، ٢٠٠٣ ص ٦٥.

(٣) د/ إسماعيل غانم المرجع السابق ص ٩٢.

(٤) د/ محمد حسين منصور المرجع السابق ص ١١٤، ١١٥، د/ محمد لبيب شنب: المرجع

تدخل في اعتبار القانون، فالقانون لا يعرف إلا من خلاف التعبير، وترتيب الأحكام القانونية يجب أن يتسم أساساً بالنظر إلى هذا التعبير، ويكون ذلك على الأقل بافتراض صدق التعبير عن الإرادة ومطابقته لحقيقتها حتى يثبت عكس ذلك ^(١)، ولذا فإن القوانين اللاتينية، ومثلها في ذلك بعض القوانين العربية الحديثة تتضمن أحكاماً من شأنها أن تحد من الأخذ بالإرادة الباطنة، وذلك فيما يتعلق بالتفسير إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين (م ١/١٥٠ مدنى مصرى، وم ١١٥ مدنى سورى، وم ١٥٢ مدنى ليبي). ^(٢)

٢- أما نظرية الإرادة الظاهرة فإن الأخذ بها على إطلاقها غير متصور كذلك لأن اعتدادها بالتعبير بهذه الصورة يرجعنا إلى شكلية القوانين القديمة، مادام التعبير عن الإرادة يعد دائماً ترجمة صادقة للإرادة لا وجه لإثبات خلافه مع حقيقتها فى أى حال، إذ يودى ذلك إلى الوقوف الجامد عند هذا التعبير، كما يوجب تقدير موافقة الإرادة للقانون أو مخالفتها له من خلال عناصر التعبير ذاته دون اعتداد بقصد المعبر، ولذا فإن القانون الألمانى، وهو نبراس القوانين التى تسودها النزعة المادية يأخذ من فكرة الإرادة بقدر فيعتد بالغلط فى بعض الحالات ^(٣)، كما أن هذا

(١) د/ جميل الشرقاوى: المرجع السابق رقم ٢٠ ص ٩٤، ٩٥، د/ محمود محمد الشارود: الوجيز فى عيوب الإرادة ص ٢٥ بدون تاريخ.

(٢) د/ عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق فقرة ١٣٨ ص ١٨٢.

(٣) د/ جميل الشرقاوى: النظرية العامة للالتزام - المصادر الناشر دار النهضة العربية طبعة أولى ١٩٨٦ ص رقم ٢٠ ص ٩٥، د/ عبد المنعم فرج الصدة نظرية العقد الناشر دار النهضة العربية ص ١٨٢، كما ينظر: السكوت المعبر عن الإرادة رسالة دكتوراه أعدها عبد القاهر محمد قحطان رقم ٣٩٠ ص ٦٠٦، ٦٠٧.

القانون يسمح بتحري بواعث التصرف لتقرير مخالفته هذا التصرف أو موافقته للقانون، أى أن هذا القانون يسمح بإثبات مخالفة التعبير للإرادة من خلال ما ينظمه من طعون تتعلق بعيوب الإرادة أو الصورية أو عدم المشروعية، مع مراعاة الأحكام القانونية للإثبات^(١)، خلاصة ما سبق أن نظرية الإرادة الباطنة فى الوقت الحاضر لم تعد الأمس التى تستند إليها مطلقة ذات طبيعة شخصية بحتة بل أصبحت نسبية تسمح بالتقييد والضوابط الموضوعية الأمر الذى يسهل معه إقامة التوفيق المطلوب بين النزعات الشخصية والموضوعية فى هذا الصدد، كذلك فإن نظرية الإرادة الظاهرة لم تعدد أسسها ثابتة بل أصبحت نسبية كذلك، فالنظريات الحديثة ترى فى العقد أو التصرف القانونى أو الالتزام بصفة عامة طبيعة مركبة مزدوجة تتكون من عناصر شخصية وموضوعية تؤثر كل منهما فى الأخرى فالعناصر الموضوعية المختلفة تؤثر على الإرادة، والإرادة تؤثر على العناصر الموضوعية^(٢) — ورغم التقريب بين النظريتين على النحو السابق فإن هذا لا يعنى أن النظريتين تتفقان كل الاتفاق فى النتائج فلا تزال هناك فروق تقتضى التمييز بينهما، وترجع هذه الفروق إلى أن نظرية الإرادة الظاهرة نظرية اجتماعية تجعل الإرادة شيئاً محسوساً، وتتنظر إليها باعتبار اتصالها بالروابط الاجتماعية، أما نظرية الإرادة

(١) د/ جميل شرقاوى: المرجع السابق ص ٩٥، ٩٦ .

(٢) انظر: د/ نزيه محمد الصادق: محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصى والموضوعى فى الالتزام مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨١ ص ٧٨، ١٧٦ السنة التاسعة والأربعون سنة ١٩٧٩ مجلة القانون والاقتصاد العددان الأول والثانى.

الباطنة فهي نظرية نفسية تنظر إلى الإرادة من حيث هي عمل داخلي^(١)، وهذه فكرة جوهرية يتفرع عنها مسألتان عمليتان:

الأولى: أن القاضى عند تفسير العقد إذا أخذ بنظرية الإرادة الظاهرة — لا يكون ملزماً بأن يتحسس الإرادة الداخلية فيما تجنه سريرة المتعاقدين — وإنما يقتصر على استجلاء عبارات العقد فى ضوء العرف الجارى والعادات المتبعة فى التعامل، أما إذا أخذ بنظرية الإرادة الباطنة تعين عليه أن يبحث وراء عبارات العقد عن نية العاقدین الحقيقية، وحيث يتعذر عليه الوصول إليهما يحل محلها نيتهما المفترضة.

الثانية: أن تفسير العقد وفقاً لنظرية الإرادة الظاهرة يتناول نص العقد لا نية المتعاقدين، وبذلك تصبح مسألة تفسير العقد مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض، أما إذا أخذ القاضى بالإرادة الباطنة فإن مسألة التفسير تكون مسألة موضوعية تخضع فى تقديرها لسلطان قاضى الموضوع المطلق.^(٢)

ثانياً: موقف القانون المصرى من نظريتي الإرادة الظاهرة والباطنة ومناقشة بعض النصوص المتعلقة بهذه المسألة:

اختلف الشراح فى تحديد موقف المشرع المصرى فيما يتعلق بالأخذ بأى من النظريتين السابقتين:

١- فأغلب الشراح يرون أن القانون المصرى يأخذ أساساً

(١) د/ السنهورى نظرية العقد طبعة دار الفكر فقرة ١٧٦ ص ١٧٧، د/ سليمان مرفس: المرجع السابق فقرة ٧٦ ص ١٤٨، د/ عبد المنعم فرج الصدة المرجع السابق فقرة ١٣٨ ص ١٨٢، ١٨٣.

(٢) د/ السنهورى: المرجع السابق ص ١٧٧، د/ سليمان مرفس: السابق ص ١٤٨، د/ عبد المنعم فرج الصدة: السابق ص ١٨٢، ١٨٣.

بنظرية الإرادة الباطنة وإن كان يخفف منها ببعض حلول مستمدة من نظرية الإرادة الظاهرة حرصاً منه على استقرار المعاملات^(١)، ويذهب عدد من الشراح إلى أن القانون المصرى يأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة.^(٢) ونحن نرى مع البعض^(٣) أن المشرع فى التقنين المدنى المصرى الحالى قد اتخذ موقفاً وسطاً بين النظريتين اقترب فيه من النهج الذى سلكه الفقه الإسلامى، فهو كقاعدة عامة أخذ بنظرية الإرادة الباطنة بالقدر الذى تكون فيه قد أعلنت للناس بما يتفق مع الثقة المشروعة فى المعاملات، فالأصل فى القانون المصرى هو الأخذ بالإرادة الباطنة، ولكنه يأخذ مع ذلك بالإرادة الظاهرة بالقدر الذى يقتضيه استقرار المعاملات^(٤)، فبالنسبة لتكوين العقد رجح التقنين المدنى مبدأ الإرادة الباطنة كقاعدة عامة فاستلزم وجود إرادة حقيقية حرة خالية سليمة من العيوب، فجعل الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال عيوباً تجيز طلب إبطال العقد، كما اعتد بالإرادة الباطنة عندما أخذ بفكرة الباعث الدافع إلى التعاقد، كسبب للالتزام

(١) د/ السنهورى - المرجع السابق - رقم ٨٠ ص ١٨٢، د/ عبد الحى حجازى: مصادر الالتزام المطبعة العالمية ١٩٥٥ فقرة ٧٥ ص ٦١، د/ سليمان مرقس: المرجع السابق فقرة ٧٧ ص ١٤٨، ١٤٩، د/ محمود جمال الدين زكى: المرجع السابق فقرة ٣٨ ص ٧٣.

(٢) د/ إسماعيل غانم: المرجع السابق فقرة ٢ ص ٩٢، د/ أحمد سلامة ص ٨٢ رقم ٣٨، ٣٩، د/ منصور مصطفى منصور فى دروسه فى مصادر الالتزام ص ٢٩، أشار إليهما د/ محمد لبيب شنب فى كتابه الوجيز فى مصادر الالتزام ص ١٠١ هامش ٤٢.

(٣) د/ عبد المنعم فرج الصدة نظرية العقد: المرجع السابق فقرة ١٤١ ص ١٩٢، ١٩٣، د/ سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق فقرة ٢٨ ص ٤٠.

(٤) د/ محمد حسين منصور المرجع السابق ص ١١٥، د/ محيى الدين إسماعيل المرجع السابق رقم ١٠٨ ص ١٥٦.

الإرادى، وقضى ببطلان العقد إذا كان سببه غير موجود، أو كان مخالفاً للنظام العام والآداب، وفى تفسير العقد أخذ بالإرادة الباطنة حيث تكون عبارة العقد غير واضحة فأوجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين^(١)، ومن ناحية أخرى غلب المشرع المصرى الأخذ بفكرة الإرادة الظاهرة رعاية منه لاستقرار التعامل وحماية للمتعاقد الآخر^(٢)، ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٩١ من أن: "التعبير عن الإرادة ينتج أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه لا من وقت صدوره، ويترتب على ذلك أن من وجه إليه إيجاب فقبله ثم عدل، ولكن القبول وصل الموجب قبل وصول العدول فإن القابل يرتبط بهذا العقد على أساس الإرادة الظاهرة رغم تغيير إرادته الباطنة^(٣)."

ولذا يرى د/ السنهورى أن هذا النص يعد تطبيقاً للإرادة الظاهرة وججته فيما ذهب إليه أن ارتباط القابل بالعقد رغم عدوله عن قبوله لا يمكن أن يكون أساسه إرادته الحقيقية لأنه عدل عنها، وإنما يكون أساسه إرادته الظاهرة فهى وحدها التى اقترن بها الإيجاب^(٤).

(١) د/ نزيه محمد الصادق المهدي المرجع السابق ص ٥٢، د/ عبد المنعم البدرأوى: المرجع السابق رقم ١٣٢ ص ١٨٤، ١٨٥، د/ سليمان مرقس المرجع السابق رقم ٧٧، ١٤٩، د/ عبد الرازق حسن فرج مصادر الالتزام - السابق - رقم ٦٢ ص ٨٢، ٨٣.

(٢) د/ محمد إبراهيم نسوقى المرجع السابق رقم ٤٥ ص ٥٠.

(٣) د/ عبد المنعم البدرأوى - المرجع السابق - رقم ١٣٢ ص ١٨٥، د/ سعيد سعد عبد السلام مصادر الالتزام الناشر دار النهضة العربية طبعة أولى ٢٠٠٢ / ٢٠٠٣ ص ٦٦، د/ نزيه محمد الصادق السابق ص ٥٢، ٥٣، د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله:

المرجع السابق ص ٧١.

(٤) د/ السنهورى: الوسيط ٨٤/١.

ويرى د/ عبد الحى حجازى ^(١) أن هذا النص لا صلة له بالإرادة الظاهرة أو الباطنة، لأن مقتضى هذه المسألة أن يكون ثمة إرادة يحصل التعبير عنها، فيجئ التعبير مخالفاً لهذه الإرادة، إما لأن المرسل إليه التعبير قد فهمه بطريقة تجعله مخالفاً لإرادة المعبر، وإما لأن المعبر لم يحسن التعبير عن إرادته فجاء مخالفاً لمضمون هذه الإرادة، ففى هذه الحالة يمكن أن تثار مسألة الإرادة الظاهرة والباطنة واختلاف تلك عن هذه، أما إذا كان الخلاف بين إرادة لاحقة وإرادة سابقة فإن المسألة تكون تغييراً فى الإرادة، وعليه فإن نص المادة ٩١ يعد تطبيقاً سليماً للقواعد التى تقضى بان المتعاقد إذا رضى بالعقد يرتبط به، ولا يؤبه بعد ذلك لتغيير إرادته، وهكذا نجد أن هناك رأيين رأى مضيق يرى إنه لا صلة لهذا النص بمسألة الإرادة الظاهرة، ورأى موسع يرى أن هذا النص يعد تطبيقاً للإرادة الظاهرة، ومرد هذا الخلق هو أن الأول يحفل بالخلاف بين التعبير والإرادة عند صدور التعبير، والرأى الثانى يحفل بهذا الخلاف عند انعقاد العقد فقط، وهو يرى أن العقد عند تمامه هو إرادتان متطابقتان وفقاً لنظرية الإرادة، ولا يوجد تطابق إذا عدل الغير عن قبوله قبل التمام ^(٢)، ومن النصوص التى اختلفت الأنظار الفقهية فى دلالتها المادة ٩٢ ونصها: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم

(١) د/ عبد الحى حجازى: النظرية العامة للالتزام فقرة ٦٩ ص ٥٧.

(٢) د/ وحيد الدين سوار فى رسالته السابقة فقرة ٢٨٨ ص ٢٨٦.

من وجه إليه " فقد ذهب رأى ^(١) إلى أن هذا النص يعد تطبيقاً لنظرية الإرادة الظاهرة، لأن نظرية الإرادة الباطنة ترتبط بين الشخص وبين التعبير عن إرادته، بحيث لو مات أو فقد أهليته قبل أن ينتج تعبيره عن إرادته أثره، لوجب، وفق منطقها أن يزول هذا التعبير بدوره. ^(٢)

ويرى الدكتور حجازى ^(٣) أن هذا النص لا علاقة له بالإرادة الظاهرة ولا بالإرادة الباطنة، فالمفروض أن تعبير القابل كان موافقاً لمضمون إرادته ساعة صدوره، ولا يترتب على موته قبل وصول القبول إلى علم الموجب أن يصبح هذا التعبير مخالفاً لمضمون الإرادة، وإنما يتعلق النص بمسألة أخرى هي استقلال التعبير عن صاحبه بمجرد صدوره منه.

ونحن نرى مع البعض ^(٤) أن أساس انعقاد العقد فى هذه الحالة هو الإرادة الباطنة، لأن فكرة الإرادة الظاهرة، واستقلال التعبير فكرة مستبعدة، وليس ثمة من داع للتشكيك فى مستقبل هذه الإرادة التى عبر عنها العاقد أثناء حياته، والاحتجاج بأن صاحبها قد يعدل عنها لو ظل حياً، ذلك أن اليقين كما تقول القاعدة الفقهية لا يزول بالشك .

(١) ممن قال بهذا رأى د/ السنهورى ٨٤/١، د/ عبد الفتاح عبد الباقي فى كتابه نظرية العقد والإرادة المنفردة فقرة ٥٥ ص ١١٨، د/ عبد المنعم البدرأوى فى كتابه النظرية العامة للالتزامات فقرة ١٣٢ ص ٨٦، د/ عبد المنعم فرج الصدة فى كتابه نظرية العقد فقرة ١٣٩ ص ١٨٤.

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة فقرة ٥٥ ص ١١٨.

(٣) د/ عبد الحى حجازى المرجع السابق فقرة ٧٠ ص ٥٨ .

(٤) د/ وحيد سوار فى رسالته السابقة ص ٢٨٨، د/ وليم سليمان قلادة فى رسالته المسابقة للدكتوراه ف ١٤ ص ٣٩٥ ..

ويرى د/ وليم^(١) قلادة نفس هذا الرأي مدلاً عليه بقوله: " إن بقاء التعبير بعد موت صاحبه وقبل علم المرسل إليه ليس دليلاً على انفصال التعبير عن صاحبه بمجرد صدوره بل هو دليل على إعمال الإرادة الباطنة في أوسع مدى، ذلك أن القانون إذ يعمل التعبير — قبل أن يتم من صدر عنه التعبير الإعلام — إنما يعمل في الحقيقة إرادة اختزل تعبيرها فهو يريد أن يقول إن ما يهم هو الإرادة الباطنة التي استبانته ولو لم يكمل تعبيرها.

(١) التعبير عن الإرادة للدكتور وليم قلادة فقرة ١٤ ص ٣٩٥.

المبحث الثالث

الموازنة بين القانون المدنى والفقہ الإسلامى

بالموازنة بين القانون المدنى والفقہ الإسلامى نلاحظ الآتى:

١- لا يتحقق الالتزام فى الفقہ الإسلامى، وفقہ القانون الوضعى (المدنى) إلا بوجود إرادتين إحداهما باطنة وتسمى فى الفقہ الإسلامى بالقصد أو النية، والثانية إرادة ظاهرة وتسمى فى الفقہ الإسلامى بصيغة القصد ويتفق الفقهاء على أن العلاقة بين الإرادتين هى علاقة ما بين القلب واللسان بحيث تكون الإرادة الظاهرة دليلاً على الإرادة الباطنة، كما يتفقان فى أن إظهار الإرادة أمر ضرورى حتى يترتب عليها أثرها فلا بد تخرج من عالم المشاعر إلى نطاق الظواهر حيث تدرك بالحس ولا يتحقق ذلك إلا بالتعبير عنها سواء تم ذلك باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، وبناء عليه فإن وجود الإرادة الباطنة دون الظاهرة لا يترتب عليه أثر فى الفقہ الإسلامى وكذا فى القانون المدنى.

٢- يتفق القانون المدنى مع الفقہ الإسلامى على أن وجود الإرادة الظاهرة وحدها لا يترتب أى أثر، وبناء عليه فإن العبارة الصادرة من الصبى غير المميز والنائم والمجنون لا اعتبار لها فى وجود العقد ولا ترتب أى أثر.

٣- كما يتفقان فى أنه إذا وجدت الإرادة الظاهرة والباطنة وكانتا متوافقتين تم العقد وترتبت عليه آثاره.

٤- يختلف القانون المدنى عن الفقہ الإسلامى فيما يتعلق بآثار العقود وأحكامها ففى القانون المدنى تلعب الإرادة دوراً معيناً فى ترتيب آثار

العقد، أما في الفقه الإسلامي فإن الوضع يختلف تماماً لأنه يأخذ بمبدأ الجعلية، بمعنى أن العقود أسباب "جعلية شرعية" لأحكامها وآثارها ومقتضياتها، إرادة المتعاقدين مقصورة على إنشاء العقد فقط، أما آثاره فمن عمل الشارع.^(١)

٥- اتضح لنا من خلال دراستنا لنظريتي الإرادة الظاهرة الباطنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أنه يوجد في الفقه الإسلامي اتجاهان رئيسيان أولهما اتجاه المالكية والحنابلة وهم يرون أنه إذا اختلفت الإرادتان الظاهرة والباطنة فإن العبرة بالإرادة الباطنة أي أنهم يسيرون نحو الاعتماد الكامل على الرضا الباطن بل على القصد والنيات، الاتجاه الثاني اتجاه الأحناف والشافعية وهم يرون أن الإرادة الظاهرة هي الأولى بالتقديم على الإرادة الباطنة عند اختلافهما وعليها تبنى الأحكام، أي أن هذا الاتجاه قائم على ظاهر العبارة دون الاعتداد بالبواعث والنيات ولا يختلف الفقه الحديث في القانون المدني عما أقره الفقه الإسلامي، فقد انقسم رجال القانون بصدد هذه المسألة إلى اتجاهين فمنهم "المدرسة الألمانية" من يأخذ كالشافعية ومن وافقهم بالإرادة الظاهرة، ومنهم "المدرسة الفرنسية" من يأخذ كالحنابلة ومن وافقهم بالإرادة الباطنة، والقانون المصري أخذ من هذا وذاك، حيث يتوسط بين المذهبين، فالأصل في القانون المصري هو الأخذ بالإرادة

(١) انظر الفقه الإسلامي: مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه محمد يوسف موسى مطبعة دار الكتاب العربي بمصر فقرة ٦٠١ ص ٤١١، وانظر د/ نزيه محمد الصادق المهدي في بحثه السابق محاولة للتوفيق بين المذهبين ... العدد الثالث والرابع من مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٤٤٩ ص ٤٦٤.

الباطنة، ولكنه يأخذ مع ذلك بالإرادة الظاهرة بالقدر الذى يقتضيه استقرار المعاملات. ^(١).

٦- عرف الفقه الإسلامى وفقاً لرأى الأحناف - التفرقة بين إرادة التعبير وإرادة الأثر - وقد رتب الأحناف على هذه التفرقة تفرقة بين الرضا والاختيار، وذلك بخلاف ما ذهب إليه الجمهور من أن الرضا والاختيار شىء واحد، ولذا فإن العقد عندهم إما أن يكون صحيحاً وإما أن يكون باطلاً أو فاسداً، والباطل والفساد مترادفان عندهم لأنهم لا يفرقون بين الخلل فى الأصل والخلل فى الوصف، أما الأحناف فقد فرقوا بين الخلل فى الأصل والخلل فى الوصف، ولذا فإن العقد عندهم إما أن يكون صحيحاً أو باطلاً أو فاسداً، فالباطل والفساد عندهم متباينان وتمييز الأحناف بين الباطل والفساد صناعة فقهية انفردوا بها ولا نظير لها فى القانون الوضعى.

^(١) راجع رسالة دكتوراه بعنوان مبدأ الرضا فى العقود إعداد على محيى الدين على القرية

الفصل الثالث

التطبيقات العملية لنظريتي

الإرادة الظاهرة والباطنة

في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

تمهيد:

تحدثنا في الفصل السابق — عن موقف الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي المدني، من نظريتي الإرادة الظاهرة والباطنة من الناحية النظرية، ونتناول في هذا الفصل بعض التطبيقات العلمية لهاتين النظريتين في الفقه الإسلامي والقانون المدني، وذلك في مبحثين، وفي المبحث الثالث نعد مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني.

المبحث الأول

تطبيقات عملية لنظريتي

الإرادة الظاهرة والباطنة في الفقه الإسلامي

تمهيد:

إذا اختلفت الإرادتان الظاهرة والباطنة ولم تتفقا، فإن الحكم بترجيح إحدى الإرادتين على الأخرى يختلف باختلاف حالات التخالف، نظراً لعدم وجود قاعدة عامة يمكن تطبيقها على كل الفروع والجزئيات، ولذا فإن بعض الفقهاء يرجح الأخذ بالإرادة الباطنة والبعض يرجح الأخذ بالإرادة الظاهرة، وفيما يلي نعرض لبعض التطبيقات العملية التي ذكرها الفقهاء لاختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة، ونعرض آراءهم بشأنها وذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول

عدم قصد التلفظ بالعبارة

إذا صدرت العبارة من غير قصد إلى التلفظ بها، كما في عبارة المجنون والصبي غير المميز والمغمي عليه فإن هذه العبارة لا يعتد بها فعبارة هؤلاء لا تفيد أى التزام لأنها لا تعبر أصلاً عن إرادة معتبرة رغم وجود الصيغة، فالإرادة الحقيقية منعدمة منهم لانعدام التمييز الحقيقي فى المجنون والصبي غير المميز، ولانعدام التمييز الحكمي فى حالتى المغمي عليه والواقع تحت التأثير المغناطيسى^(١)، وفى هذه الحالات يقول الرسول ﷺ: " رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن الصبي حتى يكبر " ^(٢) فقد أفاد هذا الحديث أن العاقد إذا أبرم عقد بعبارة دون أن يكون قاصداً للنطق بعبارته ملغاه ولا أثر لها وهذا محل اتفاق بين الفقهاء^(٣) وقد فرع الفقهاء على هذه الصورة حكم عقد السكران والمخطئ والناسى كذلك فإن الغلط من تطبيقات هذه الصورة عند

(١) المدخل للفقہ الإسلامی محمد سلام مذکور الناشر دار النهضة العربية ١٩٦٠ طبعة أولى ص ٥٤٥، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية د/ عبد الكريم زيدان مؤسسة الرسالة ص ٣٠٠، ٣٠١.

(٢) أخرجه أبو داود فى سننه ١٣٩/٤، ١٤٠ رقم ٤٣٩٨ كتاب الحدود باب ١٦ فى المجنون يسرق أن يصيب أحدا ط دار إحياء السنة المحمدية، وابن ماجه فى سننه ٦٥٨/١ كتاب الطلاق باب ١٥ طلاق المعتوه والصغير والنائم، كما رواه الحاكم فى مستدرکه ٤٣٨/٤ ط دار المعرفة بيروت لبنان.

(٣) بدائع الصنائع للكاسانى ٣٥/٥، شرح الزرقانى على مختصر خليل ٧/٥ طبعة دار الفكر بيروت، مغنى المحتاج للشرينى ٧/٢ طبعة مصطفى البابى الحلبي، المبدع فى شرح المقنع ٨/٤ المكتب الإسلامى عيون الأزهار لابن المرتضى ص ٢٤٩ طبعة دار الكتاب العربى بيروت لبنان.

الفقهاء وهو ما نعرض له فيما يأتي:

أولاً: حكم السكران:

السكر هو سرور يغلب على العقل بمباشرة بعض الأسباب الموجبة له فيمنع الإنسان من العمل بموجب عقله ^(١)، والسكران هو الذي لا يعي ما يقول وإرادته وهو سكران منعدمة ^(٢)، وقد اختلف الفقهاء في عقود السكران وتصرفاته إلى ثلاثة آراء:

الرأى الأول:

إن عبارة السكران ملغاة ولا أثر لها، فلا ينشأ بها عقد ولا يترتب عليها أثر ويستوى في ذلك كل العقود فلا يلزم بيعه ولا يقع طلاقه وهكذا بالنسبة لسائر الالتزامات، وقد قال بهذا الرأي الحنابلة في رواية وبعض المالكية وروى الكاساني أنه قول عثمان وبه أخذ الطحاوي والكرخي ^(٣) وهو أحد قولي الشافعي.

وقد احتجوا لما ذهبوا إليه بأن عبارة السكران لا تعبر عن إرادة صحيحة، ولأن السكران زائل العقل أشبه بالمجنون، ولأنه مفقود الإرادة أشبه بالمكره، والعقل شرط التكليف. ^(٤)

وقد قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ ^(٥) فلم يرتب المولى على كلام السكران

(١) كشف الأسرار للبزدوى ٣٥٢/٤.

(٢) المدخل لمذكور المرجع السابق ص ٥٤٥.

(٣) راجع للحنابلة المغنى مع الشرح الكبير ٣٠٨/٨، ٣٠٩ طبعة دار الفد العربي وللمالكية

الشرح الصغير للردير ٢/٣ طبعة المعاهد الأزهرية وللأحناف البدائع ٩٩/٣.

(٤) المغنى لابن قدامة ٣٠٨/٨، ٣٠٩، المدخل لمذكور — المرجع السابق ص ٥٤٥.

(٥) الآية ٤٣ من سورة النساء.

حكماً حتى يكون عالماً بما يقول، والسكران لا يعلم ما يقول، ومن لا يدري ما يقول لا يجوز أن يلزم شيئاً من الأحكام لأنه ليس من نوى الألباب حتى يوجه إليه الخطاب. (١)

الرأى الثانى:

أن عبارة السكران معتبرة وصالحة لإنشاء العقود والتصرفات، وتترتب الآثار الشرعية على هذه العبارة، وقد قال بهذا الرأى جمهور الفقهاء من الأحناف، والراجح عند الشافعية وأحد الرايين عند المالكية والحنابلة. (٢)

وحجتهم فيما ذهبوا إليه أن الشارع اعتبره عقلاً قائماً تشديداً عليه لأن عقله زال بسبب محذور وهو مختار فيه، فتنفذ تصرفاته (٣)، وقد نوقش هذا المعقول بأنه لا فرق بين زوال العقل بطريق محذور وزواله بطريق غير محذور لأن السكران لا قصد له فهو أولى بعدم المواخذة من اللاغى، ومن جرى اللفظ على لسانه من غير قصد له. (٤)

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ٨٧/٣، نظرية الإرادة المنفردة د/ عبد المجيد مطلوب ص ٩٤.

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٢٨/٤ طبعة دار إحياء التراث العربى، حاشية الصاوى على الشرح الصغير ٤/٢ طبعة مصطفى البابى الحلبي، الأشباه والنظائر للسيوطى ١/٤٥٠، ٤٥١، الناشر دار الكتب العلمية بيروت لبنان المغنى مع الشرح الكبير ٣٠٧/٨، ٣١٣، طبعة دار الفد العربى.

(٣) فتح القدير لابن الهمام ٤٠/٣، البحر الرائق ٢٦٦/٣.

(٤) إعلام الموقعين لابن القيم ٣٩/٤، د/ عبد المجيد مطلوب نظرية الإرادة المنفردة — المرجع السابق ص ٩٣ —

الرأى الثالث:

وهو يفرق بين ما إذا كان السكر بمحرم أم لا. فإذا كان السكر بمحرم التزم السكران بعبارته فى سائر التصرفات وبقى مخاطباً بالتكاليف الشرعية، أما إذا كان السكر بمباح فلا يلتزم السكران بأى شىء ينتج عن عبارته، وبهذا الرأى قال الشافعية فى أحد الرأيين والمالكية فيما عدا الإقرار والعقود، كما قال به بعض الحنابلة. ^(١)

وحجتهم فى هذه التفرقة أن إلزام السكران بالآثار الناشئة عن تعاقدته تعتبر عقوبة له، والذى يستحق العقوبة هو السكران بمحرم، ولأن العقل قائم وإنما عرض فوات فهم الخطاب بمعصية فبقى فى حقه الإثم، ووجوب القضاء ^(٢)، ومما سبق يتضح لنا أن بعض الفقهاء أخذ بالإرادة الباطنة فلم يلزم السكران بعبارته، والبعض الآخر أخذ بالإرادة الظاهرة فجعل عبارة السكران ملزمة له.

الرأى الرابع:

أرى ترجيح الرأى الأول القائل بإهدار عبارة الكسران وعدم إلزامه بها لأن من يلزمه بقوله إنما يعاقبه زجراً له وردعاً لغيره، مع أن السكران حين باشر التزامه لم تكن له إرادة صحيحة، والعقود والالتزامات إنما تتوقف صحتها على استقامة القصد وصحة الإرادة، ولا يتحقق

(١) انظر للشافعية نهاية المحتاج ٤٢٤/٦ طبعة مصطفى البابى الحلبي، وللحنابلة الروض

المربع ٤١٣/٢، طبعة دار التراث، والمالكية الشرح الصغير للردير ٢/٣.

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٢٨/٤، د/ حسين حامد فى كتابه المدخل لدراسة الفقه الإسلامى

شئ من ذلك مع السكر أيا كان نوعه ^(١) ولأن الله لم يجعل عقوبته إلا الحد ^(٢) والحكم بصحة عقوده والتزاماته يعتبر عقوبة زائدة دون نص شرعى فلا تجوز. ^(٣)
ثانياً: عبارة المخطئ ^(٤) والناسى: ^(٥)

إذا أخطأ إنسان أو نسى، وتلفظ بعبارة تحدث التزاماً فقد اختلف الفقهاء فيما يترتب على هذه العبارة من أثر إلى رأيين:
الرأى الأول:

إن عبارة المخطئ والناسى ملغاة ولا يترتب عليها أثر، ولا تكون ملزمة له وبهذا الرأى قال جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ^(٦) وسند الجمهور فى ذلك قول الله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ ^(٧) وقول الرسول ﷺ: "رفع عن

(١) د/ بدران أبو العنين الشريعة الإسلامية طبعة ١٩٧٣ ص ٣٨١.

(٢) د/ عبد اللطيف محمد عامر، د/ منصور محمد منصور: نظريات فى الفقه الإسلامى طبعة ١٩٨٤ ص ٥٧.

(٣) د/ حسين حامد المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ص ٥٧.

(٤) الخطأ فعل أو قول يصدر عن الإنسان بغير قصده بسبب ترك التثبت عند مباشرة أمر مقصود سواه. راجع كشف الأسرار ٣٨٠/٤.

(٥) النسيان فقدان مؤقت لما حفظه الذهن من صور وأفكار وكلام، راجع المعجم الوجيز مادة نسا، ص ٦١٤، ٦١٥.

(٦) راجع للمالكية الشرح الصغير ١٣٤/٢ جاء فيه: (لا إن قصد التلفظ به فعدل لغيره غلطاً) وراجع للشافعية مغنى المحتاج ٢٨٧/٣ جاء فيه: (ولو سبق لسان بطلاق لغا..). وللحنابلة المغنى مع الشرح الكبير ٣١٦/٨، وللظاهرية المحلى لابن حزم ٢٠٠/١ المسألة ١٩٦.

(٧) الآية رقم (٥) من سورة الأحزاب.

أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " (١) فهذان النصان يدلان على أن العبارة دليل على الإرادة الباطنة، وأن العبرة عند اختلافهما بالإرادة الباطنة.

الرأى الثانى:

أن تعاقد المخطئ والناسى صحيح ويرتب نفس الآثار التى تترتب على تعاقد المتذكر والقاصد وبهذا الرأى قال الأحناف. (٢) وهكذا نجد أن صاحب هذا الرأى يرجح الإرادة الظاهرة على الباطنة، وسنده فيما ذهب إليه أن اللفظ صدر عن المخطئ والناسى عن يقظة وتمام عقل، ولأن الخطأ والنسيان أمر باطنى لا يعرف إلا من جهة صاحبه، فصدور العبارة عنهما وهما فى تمام عقلمهما ورشدهما قرينة القصد الصحيح والقول بغير ذلك يترتب عليه ضياع حقوق الناس، إذ يدعى كل شخص يريد التخلص مما التزم به أنه لم يقصد الالتزام وإنما صدر منه خطأ ونسيانا (٣)، ولكن إذا وجدت قرينة تدل على الإرادة الباطنة كأن يصدق الطرف الآخر فى

(١) راجع فتح البارى شرح صحيح البخارى ١٦٠/٥، ١٦١، كما أخرجه ابن ماجة فى سننه ٦٥٩/١ باب طلاق المكره والناسى رقم ٢٠٤٣ كما جاء فى كشف الخفا ومزيل الالتباس ٥٢٢/١ رقم الحديث ١٣٩٣ باب رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه. مكتبة التراث الإسلامى.

(٢) البحر الرائق ٢٦٣/٣ دار المعرفة بيروت، الاختيار لتعليل المختار ٧٤/٢ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى ١٩٦/٢، المطبعة الكبرى الأميرية، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٢٤ مؤسسة الحلبي.

(٣) البحر الرائق ٢٦٣/٣، تبين الحقائق ١٩٥/٢، ١٩٦، د/ أحمد فرج حسين: الملكية ونظرية العقد المرجع السابق ص ١٦١، د/ وهبة الزحيلي الفقه الإسلامى وأدلته ٣٠٤٢/٤ طبعة دار الفكر.

العقد القابل للفسخ فإن الأحناف مختلفون فمنهم من قال إن العقد يكون فاسداً لوجود أصل الاختيار^(١)، ومنهم من يرى أن التزام المخطئ والناسي يكون باطلاً ولا ترتب العبارة أثرها. (٢)

الرأى الراجح:

أرجح من هذين الرأيين الرأى الأول القائل بإلغاء عبارة المخطئ والناسي أخذاً بالإرادة الباطنة لانعدام القصد لديهما والقصد هو أساس إبرام العقود، ولأن الله رفع الجناح عن المخطئ كما جاء فى سورة الأحزاب، والرسول ﷺ رفع القلم عن المخطئ والناسي كما جاء فى الحديث، وهذا يدل على أن العقد لا ينعقد مع الخطأ أو النسيان لانعدام القصد والاختيار. (٣)

ثالثاً: الغلط:

الغلط فى اللغة أن تعيا بالشئ فلا تعرف وجه الصواب فيه، والعرب تقول غلط فى منطقه وفى الحساب أى أخطأ وجه الصواب فيه (٤)، والفقهاء إذا استعملوا الغلط فهم يريدون به الجهل بالشئ. (٥)

(١) البدائع ١٣٦/٤ جاء فيه: (المكاتبة من التصرفات التى تحتل الفسخ فيفسدها الإكراه والهزل والخطأ).

(٢) التقرير والتحبير شرح التحرير ٢/٢٠٥، ٢٠٦، ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان .

(٣) راجع المدخل لمذكور ص ٥٤٩، د/ عبد المجيد مطلوب نظرية الإرادة المنفردة ص ٩٠،

د/ بدران أبو العنين بدران: المرجع السابق ص ٣٨٢، د/ محمود الطنطاوى المدخل فى

الفقه الإسلامى ص ٢٩٨ الناشر مكتبة وهبة.

(٤) لسان العرب لابن منظور ٣٢٨١/٥ مادة غلط ط دار المعارف.

(٥) حاشية الصوقى على الشرح الكبير ١٣٩/٣.

والبعض الآخر يقصد بالغلط الخطأ في الحساب أو المحل. (١)
 واصطلاحاً يقصد بالغلط: أن يتصور العاقد العقد على هيئة أو
 وصف غير حقيقته التي هو فيها، وقد يكون في جنس المعقود عليه أو في
 وصفه (٢).

والغلط في الفقه الإسلامي أنواع منها ما يسمى بالغلط المانع،
 والغلط في التعبير وغير ذلك ونكتفي بالحديث عن هذين النوعين:
 أولاً: الغلط المانع:

يكون الغلط مانعاً في الفقه الإسلامي إذا وقع في جنس الشيء، بأن
 اعتقد أحد العاقلين أن المعقود عليه من جنس معين فإذا به من جنس آخر
 فهذا الغلط يمنع من انعقاد العقد لأن المحل يكون معدوماً مثل أن يبيعه
 حنطة فإذا هي دقيق أو هي خبز (٣)، ولذا جاء في المبسوط للسرخسي: "
 إذا اشترى فصاً على أنه باقوت فإذا هو غير ذلك فالبيع فاسد " (٤) وحتى
 إذا اتحد الجنس، ولكن التفاوت بين حقيقة المعقود عليه وما أراده العاقد
 كان تفاوتاً فاحشاً فإن الغلط يكون غلطاً مانعاً أيضاً فإذا باع داراً من أجر
 فإذا بها من لبن أو ثوباً مصبوغاً بعصفر فإذا هم مصبوغ بزعفران، فهنا
 اتحد الجنس ولكن تفاوت الفاحش فيكون في حكم اختلاف الجنس، أو هما
 جنسان مختلفان في المعنى فالتحقيقاً بمختلفي الجنس. (٥)

(١) الهداية مع تكملة فتح القدير ٢٠/٨، العدة شرح العمدة ٢٢٨، ط دار المعرفة بيروت.

(٢) د/ محمد سلام مذكور في كتابه المدخل للفقه الإسلامي ص ٦٤٥.

(٣) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٠٦/٢ ط دار المعارف.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٢/١٣ ط دار المعرفة بيروت لبنان.

(٥) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٠٦/٢، ١٠٧، وقد جاء في البدائع ١٣٩/٥، ١٤٠ أو
 قال بعتك هذا الثوب على أنه مروي فإن هو هروى، لا ينعقد البيع في هذه المواضع
 لأن البيع معدوم ... وكذا لو باع داراً على أن بناءها أجر فإذا هو لبن لا ينعقد لأنهما
 يتفاوتان في المنفعة تفاوتاً فاحشاً فكانا كالجنسين المختلفين.

حكم العقد مع الغلط المانع:

إذا وقع أحد العاقدين فى غلط ولكنه لم يكشف عن إرادته الحقيقة للعائد الآخر فإن الغلط فى هذه الحالة يكون شيئاً مستتراً ولذا فإن الفقه الإسلامى لا يعتد بالإرادة الحقيقة ولا بما يشوبها من غلط، ويؤثر استقرار التعامل على احترام الإرادة الحقيقة أى أنه يأخذ بالإرادة الظاهرة^(١)، ولذا جاء فى الخطاب: " سئل مالك عن باع مصلى فقال المشتري أترى ما هذا المصلى فقال البائع ما علمت أنه خز، ولو علمت ما بعته بهذا الثمن قال مالك هو للمشتري ولا شيء للبائع ... " ^(٢) أما إذا كشف العائد عن إرادته الحقيقة، أو كانت الإرادة مكشوفة فإن الفقه الإسلامى يعتد بهذه الإرادة الحقيقة (الإرادة الباطنة) وبما يشوبها من غلط، فإذا كان جنس المعقود عليه غير ما أراده بعبارته، أو اتحد الجنس، ولكن التفاوت بين حقيقة المعقود عليه وما أراده العائد كان تفاوتاً فاحشاً فإن هذا الغلط يكون مانعاً، وحكمه أنه يمنع انعقاد العقد ويكون العقد باطلاً^(٣) وإلى هذا ذهب الحنفية ماعدا الكرخى والشافعية فى الوجه الراجح، والحنابلة، فقد جاء فى الفتاوى الخانية: " قال بعثك فهذا الثوب على أنه هروى فإذا هو مروى ... ثم اختلفوا أنه باطل أو فاسد، قال بعضهم هو باطل لا يملك بالقبض وذكر الكرخى أنه فاسد ... " ^(٤) وجاء فى المجموع شرح

(١) د/ عبد الرزاق السنهورى المرجع السابق ١١٤/٢.

(٢) مواهب الجليل للخطاب ٤/٤٦٦ ط دار الفكر.

(٣) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى د/ عبد الرزاق السنهورى ١٠٦/٢، ١٠٧.

(٤) الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية ١٣٤/٢ ط دار إحياء التراث العربى.

المهذب: " وإن باع حيواناً على أنه حمار فوجده بغلاً فيه وجهان.. " (١)
 وجاء في كشف القناع: " ولو قال البائع بعثك هذا البغل بكذا فقال اشتريته
 فبان المشار إليه فرساً أو حماراً لم يصح البيع.. " (٢) ويرى الكرخي أن
 العقد فاسد (٣)، وفي قول ثالث للمالكية أن العقد غير لازم (٤)، أما إذا كان
 الغلط في وصف اتصف به محل العقد فإن العقد ينعقد صحيحاً لأن محله
 موجود غاية الأمر أن يكون غير ملزم له لفوات الوصف الذي هو بمثابة
 شرط، والقاعدة أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا، فإن كانتا مختلفتين بأن
 كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى أو من جنسه ولكن مع تفاوت
 فاحش في المنفعة، كان الغلط مانعاً كما سبق، وإن كان متحداً في الجنس
 فإن العقد ينعقد على المشار إليه، وينعقد العقد لوجود المحل، ويتخير
 لفوات الوصف (٥) وقد جاء في المبسوط في هذا المعنى، والأصل في هذا
 الجنس أن من جمع كلامه بين الإشارة والتسمية، فإن كان المشار إليه من
 خلاف جنس المسمى فالبيع باطل، لأن انعقاد العقد بالتسمية، فإن ما ينعقد
 على المسمى، وهو معدوم، وإن كان المشار إليه من جنس المسمى فالبيع
 جائز لأن التسمية تتناول ما وقعت الإشارة إليه ... إلا أنه إن كان المشار
 إليه دون المسمى فللمشتري الخيار لفوات شرطه، كما لو اشترط في العبد
 أنه كاتب فوجده غير كاتب (٦).

(١) المجموع شرح المهذب ٣٣٤/١٢ ط دار الفكر.

(٢) كشف القناع للبهوتي ١٦٥/٣ ط دار الفكر.

(٣) تبين الحقائق للزليعي ٥٣/٤ ط دار المعرفة بيروت لبنان.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٤٠/٣.

(٥) راجع المدخل لمذكور ص ٦٤٦، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١١٧/٢.

(٦) المبسوط للسرخسي ١٢/١٣ - ١٣.

ثانياً: الغلط في التعبير:

وذلك كأن يريد الشخص أن يقول لزوجته أنت طاهرة فيسبق لسانه فيقول أنت طالق، فهذا يسمى في الفقه الإسلامي بالخطأ^(١)، وفي هذا النوع من الغلط تختلف الإرادة الظاهرة عن الباطنة اختلافاً غير مقصود فهل يأخذ الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة التي زل بها اللسان بلا قصد أم يأخذ بالإرادة الباطنة الكامنة في النفس ؟

لقد سبق لنا الإجابة على هذا التساؤل بصورة موجزة عند حديثنا عن عبارة المخطئ والناسي، وسنعرض لهذه الإجابة هنا بشيء من التفصيل:

اختلف علماء الفقه الإسلامي تجاه هذه المسألة إلى رأيين حيث ذهب بعضهم إلى ترجيح الإرادة الظاهرة على الباطنة، وذهب البعض الآخر إلى ترجيح الإرادة الباطنة على الظاهرة.^(٢)

الرأي الأول: إثبات الإرادة الظاهرة على الباطنة:

وبهذا الرأي قال الأحناف^(٣): فهم يعتنون بالإرادة الظاهرة عند انفصام التعبير عن الإرادة في حالة الغلط في التعبير، سواء كان من العقود التي تقبل الفسخ أم لا^(٤)، وقد استدل الحنفية على صحة طلاق

(١) مبدأ الرضا في العقود رسالة دكتوراه إعداد على محيي الدين على القرعة داغى ١٩٨٥ ط ٩٦٢/٢.

(٢) انظر التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي للدكتور وحيد الدين سوار فقرة ٤٤٤ ص ٤٢٢.

(٣) راجع شرح فتح القدير لابن الهمام ٤٥/٣ ط دار صادر بيروت.

(٤) التلويح على التوضيح ٣٨٨/٢، ٣٨٩، ط محمد على صبيح، شرح فتح القدير ٤٥/٣ تيسير التحرير ٣٠٧/٢ ط مصطفى البلبى الحلبي جاء فيه: (وكذا قالوا ينعقد بيعه، أي المخطئ بأن أراد أن يقول سبحان الله فجري على لسانه بعت هذا منك بألف...).

المخطئ ونكاحه وبيعه وإجارته الطلاق والنكاح ونحوهما من العقود التي لا تقبل الفسخ وأنها مما لا يؤثر فيها الهزل، يقول الرسول ﷺ: " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة " ^(١) أى أننا نقيس طلاق المخطئ ونكاحه على طلاق الهازل ونكاحه، فكما أن طلاق الهازل وهو غير قاصد للأثر يقع فكذلك المخطئ ^(٢)، ويصفة عامة فإن الغفلة عن معنى اللفظ خفى، وفي الوقوف على قصده حرج لأنه أمر باطن وله سبب ظاهر وهو العقل والبلوغ فأقيم تمييز البالغ العاقل مقام القصد نفيًا للحرج ولذا جاء فى تيسير التحرير: " ويقع طلاقه " أى المخطئ بأن أراد أن يقول اسقنى فجرى على لسانه أنت طالق ... لأن الغفلة عن معنى اللفظ خفى، وفي الوقوف على قصده حرج لأنه أمر باطن. ^(٣)

ويلاحظ أنه إذا وجدت قرينة تدل على الإرادة الباطنة، كأن يصدقه الطرف الآخر فى العقد القابل للفسخ، فإنه — كما سبق عند حديثنا عند عبارة المخطئ والناسى — أن الأحناف مختلفون، فمنهم من يرى أن التزام المخطئ يكون فاسداً ^(٤)، ومنهم من يرى أن التزامه باطل ولا ترتب العبارة أثرها. ^(٥)

(١) هذا الحديث أخرجه الترمذى فى الطلاق وقال حسن غريب ٤٩٠/٣ رقم ١١٨٤ المكتبة الثقافية بيروت لبنان، وأخرجه أبو داود ٥٥٠/١ باب الطلاق على الهزل رقم ٢١٩٤ طبعة مصطفى البابى الحلبي، كما رواه ابن ماجة ٦٥٨/١ كتاب الطلاق باب من طلق أو نكح أو راجع لاعباً رقم ٢٠٣٩ والدارقطنى ١٨/٤ رقم الحديث ٥٠ مكتبة المتنبى.

(٢) راجع مبدأ الرضا فى العقود رسالة دكتوراه أعدها على محيى الدين على القرعة ص ٩٦٥، تيسير التحرير ٣٠٦/٢ ط مصطفى البابى الحلبي.

(٣) تيسير التحرير ٣٠٦/٢.

(٤) التلويح على التوضيح للفتازانى ٣٨٩/٢

(٥) التقرير والتحبير شرح التحرير ٢٠٥/٢، ٢٠٦.

الرأى الثانى: إيثار الإرادة الباطنة على الظاهرة:

وبهذا الرأى قال المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ^(١)، فهم يعتدون بالإرادة الباطنة عند انفصام التعبير عن الإرادة فى حالة الغلط فى التعبير.

ودليلهم فيما ذهبوا إليه قول الله - تعالى -: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ... الآية﴾ ^(٢) وقول الرسول ﷺ: "رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه" ^(٣) فقد دلت الآية على أن الله رفع الإثم والجناح عن المخطئ، ودل الحديث الشريف على أن الله رفع عن الأمة الخطأ... الخ والخطأ واقع لا محالة فدل على أن المرفوع هو إثم الخطأ، وهكذا نجد أن الآية الكريمة والحديث الشريف يدلان على أن العبرة بالإرادة الباطنة عند اختلافها عن الإرادة الظاهرة.

هذا وقد ناقش الجمهور أدلة الأحناف بعدة ربود أهمها:

- ١- أننا لا نسلم أن الطلاق والنكاح مما لا يقبل الفسخ على الإطلاق فالنكاح مثلاً يقبل الفسخ بعيوبه المعتبرة، ولو سلم هذا فليس هناك التزام بين كون العقد غير قابل للفسخ وبين كون الخطأ لا يؤثر فيه.
- ٢- إن قياس المخطئ على الهازل قياس مع الفارق لأن الهازل قد قصد اللفظ وتعمده عن هزل وسخرية، وإن كان لا يريد أن يترتب على قوله أثر فى حين أن المخطئ لم يقصد هذا اللفظ قطعاً بل قصد لفظاً آخر، حتى إن ابن الهمام لم يرتض بهذا القياس فقال: "والذى يظهر من الشارع

(١) راجع للمالكية الشرح الصغير ١٣٤/٢، وللشافعية مغنى المحتاج ٢٨٧/٣، وللحنابلة:

إعلام الموقعين لابن القيم ٨٥/٤ جاء فيه: (إن فعل الناسى والمخطئ بمنزلة فعل النائم

فى عدم التكليف به) وراجع للظاهرية المحلى لابن حزم ٢٠٠/١٠ المسألة ١٩٦.

(٢) الآية رقم (٥) من سورة الأحزاب.

(٣) سبق تخريج هذا الحديث

أنه لا يقع بلا قصد لفظ الطلاق عند الله بخلاف الهازل لأنه مكابر باللفظ فيستحق التغليظ". (١)

الرأى الراجع:

بعد أن عرضنا آراء الفقهاء فى الغلط فى التعبير واتضح لنا أن هناك رأيين أحدهما يأخذ بالإرادة الظاهرة والآخر يأخذ بالإرادة الباطنة، لا يسعنا إلا أن نرجح رأى جمهور الفقهاء القائلين بإلغاء عبارة الغالط أو المخطئ ترجيحاً للإرادة الباطنة على الظاهرة، يدل على ذلك قول الله تعالى: ﴿لَا يُؤْخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾ (٢) وقد فسر بأمرين أن يحلف على أمر يظنه كما قال مع أنه قاصد للسبب عالم بحكمه فإلغاؤه لغلطه فى ظن المحلوف عليه والآخر أن يجرى على لسانه بلا قصد إلى اليمين، فهذا تشريع الله لعباده أن لا يرتبوا الأحكام على الأسباب التى لم تقصد، وكيف ولا فرق بينه وبين النائم عند العليم الخبير من حيث إنه لا قصد له إلى اللفظ ولا حكمه (٣)، ومن تدبر مصادر الشرع وموارده تبين له أن الشارع ألغى الألفاظ التى لم يقصد المتكلم بها معانيها، بل جرت على غير قصد منه كالنائم والناسى والسكران والجاهل والمكره والمخطئ من شدة الفرج أو الغضب أو المرض ونحوهم، ولم يكفر من قال من شدة فرحه براحلته بعد يأسه منها: "اللهم أنت عبدى وأنا ربك" فكيف يعتبر الألفاظ التى يقطع بأن مراد قائلها خلافها (٤) ويكفى هذا دلالة على أن العبرة عند اختلاف الإرادة الظاهرة عن الباطنة بالإرادة الباطنة.

(١) فتح القدير لابن الهمام ٤٥/٣ - ٤٦ مبدأ الرضا فى العقود د/ على محيى الدين رسالة دكتوراه ص ٩٦٦.

(٢) الآية رقم ٢٢٥ من سورة البقرة.

(٣) فتح القدير ٤٦/٣.

(٤) إعلام الموقعين لابن القيم ٧٨/٣، ٧٩.

خلاصة ومقارنة:

اتضح لنا من خلال حديثنا عن التلطف بالعبرة بلا قصد ما يأتي:

١- أن العبرة إذا صدرت بلا قصد إلى التلطف بها كما في عبارة المجنون فلا يعتد بها، كذلك فإن عبارة السكران ملغاة، ولا أثر لها وفقاً للرأى الراجح تغليباً للإرادة الباطنة على الظاهرة.

٢- إذا نسي إنسان وتلفظ بعبرة تحدث التزاماً فعبارته صحيحة وفقاً لما ذهب إليه الأحناف تغليباً للإرادة الظاهرة على الباطنة، وملغاة وفقاً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وهو الرأى الراجح، ترجيحاً للإرادة الباطنة على الظاهرة.

٣- يعتد الفقه الإسلامي بالغلط في ماهية العقد أو في ذاتية الشيء المعقود عليه، وهو ما يسمى بالغلط المانع، ويكون الغلط مانعاً إذا وقع في جنس الشيء كأن يعتقد أحد العاقدين أن المعقود عليه من جنس معين فإذا به من جنس آخر، وكذلك إذا اتحد الجنس ولكن التفاوت بين حقيقة المعقود عليه وما أراده المتعاقد فاحشاً، وحينئذ يكون العقد باطلاً، ويذهب رأى إلى أن العقد يكون فاسداً.

٤- قد يكون اختلاف الإرادة الظاهرة عن الباطنة راجعاً إلى الغلط في التعبير كأن يريد أن يقول لزوجته يا طارق فيسبق لسانه فيقول يا طالق، فالأحناف يرون أن عبارة الغلط أو المخطئ صحيحة ويترتب عليها أثرها بلا تفرقة بين العقود التي تحتل الفسخ أم لا وذلك ترجيحاً للإرادة الظاهرة على الباطنة، وجمهور الفقهاء يرون أن عبارة المخطئ أو الغلط ملغاه ولا أثر لها ترجيحاً للإرادة الباطنة على الظاهرة وهذا هو الرأى الراجح استدلالاً بما سبق ذكره من أدلة.

المطلب الثاني

قصد العبارة لا باعتبارها منشئة لعقد

من التطبيقات العملية لنظريتي الإرادة الظاهرة والباطنة عدم قصد المتعاقدين بعبارته إنشاء العقد، ويتحقق ذلك في صورتين:
الأولى: عدم فهم العبارة:

إذا صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها من غير فهم لمعناها كمن لقن إنساناً عبارة بلغة لا يفهمها فنطق بها، وكانت هذه العبارة تنتج إيجاباً فقال الآخر قبلت، أو كانت هذه العبارة تفيد التزاماً من جانب الملقن، ففي هذه الحالة لا قيمة لهذه العبارة ولا تفيد إيجاباً ولا ينعقد بها عقد بينهما وهذا مذهب الجمهور ^(١) ويرى بعض الأحناف أن عبارة الملقن تنتج أثرها في الزواج والطلاق وغيرها من العقود التي لا تقبل الفسخ ^(٢) استناداً إلى حديث: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والعنق" ^(٣) غير أن صاحب الدر المختار ^(٤) يرى أن المفتى به أنه لا يقع، وقال إن من قال بوقوعه إنما يقصد وقوعه قضاء فقط.

(١) الشرح الكبير بهامش حاشية السوقي ٣٦٦/٢، نهاية المحتاج ٤٤٥/٦ طبعة مصطفى البابي الحلبي، الحاوي الكبير للماوردي ١٠٠/١٣ ط دار الفكر، كشاف القناع ٢٦٨/٥ طبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان جاء فيه: (وتعتبر إرادة لفظ الطلاق لمعناه فلا طلاق للفقهاء يكرره، المدخل لمدكور ص ٥٤٩، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية د/ عبد الكريم زيدان ص ٣٠١ مؤسسة الرسالة.

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٤١/٤.

(٣) سبق تخريجه ص ٧٥.

(٤) راجع حاشية ابن عابدين ٣٤١/٤، وفي فتح القدير ٣٤٩/٢ (لو لقنت المرأة زوجت نفسى بالعربية ولا تعلم معناها، وقبل الزوج، والشهود يعلمون ذلك أولاً يعلمون صح كالطلاق، وقيل لا كالبيع، ومثل هذا في جانب الرجل إذا لقن ولا يعلم معناها.

الصورة الثانية:

صدور العبارة مع قصد التلفظ بها وفهم لمعناها ولكن من غير قصد لإنشاء عقد بها بل لمجرد التعليم أو التعلم أو الحكاية أو التمثيل. وفي هذه الحالة تهمل هذه العبارة ولا ينعقد بها أى تصرف، فإذا قرأ شخص فى كتاب عبارة تدل على إنشاء تصرف ثم أخذ يكررها بقصد حفظها، أو نطق بها بقصد تعليمها للغير فلا يترتب على كلامه أثر، وكذلك تريد الممثلين عبارات التمثيل مثل زوجنى نفسك فقال زوجتك نفسى، لا يترتب عليه أى أثر وذلك لعدم قصد إنشاء العقد، وفى كل الحالات السابقة تعتبر الإرادة الباطنة لا الظاهرة وعلى هذا يكاد الفقهاء أن يكونوا متفقين. (١)

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢١، مغنى المحتاج ٢٨٨/٣، شرح منتهى الإرادات ١٢٨/٣ طبعة دار الفكر، المختصر النافع للحلى ٢٢١، مطبعة وزارة الأوقاف، وانظر د/ أمل أحمد المقاصد والنيات وأثرها فى عقد النكاح رسالة ماجستير ٢٠٠١ ص ١١٠، د/ عبد الكريم زيدان المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص ٣٠١.

المطلب الثالث

قصد التلغظ بالعبرة دون الرضا يترتب عليها من آثار

تتمثل في هذه الحالة فيمن يعلم أن اللفظ الذي صدر عنه ينشأ به العقد ولكنه لا يقصد به إنشاء العقد بل الهزل أو دفع الضرر كما في المكره أو تحقيق غرض شخصي كما في العقود الصورية ^(١) وفيما يلي نعرض لحكم هذه الحالات ليتضح لنا أي الإرادتين أولى باعتبار.

١- عبارة الهازل: ^(٢)

اختلف الفقهاء في حكم تصرفات الهازل على آراء نوضحها فيما يلي:

الرأي الأول: للحنفية وجمهور المالكية والحنابلة. ^(٣)

وهم يرون أن عبارة الهازل لا يترتب عليها أثر وتكون لاغية فلا يترتب عليها التزام ولا ينشأ بها عقد - ترجيحاً للإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة، ويستثنى من ذلك العقود الخمسة التي جاء بها الحديث وهي النكاح والطلاق والرجعة واليمين والعنق.

وحجتهم فيما ذهبوا إليه: أن العقود الخمسة الشارع هزلها جد لقول

^(١) /١/ أمد فراج حسين الملكية ونظرية ص ١٧٧.

^(٢) الهزل في اللغة ضد الجد والمقصود به هنا أن ينطق الإنسان باللفظ راضياً مختاراً لكن لا يريد معناه الحقيقي ولا المجازي بل يصدر عنه الكلام لعباً محضاً. راجع المصباح المنير للمهاء مع الزاى، الالتزامات في الشرح الإسلامى للشيخ أحمد إبراهيم الناشر دار الشريعة ص ٨٢/٢.

^(٣) حاشية ١- عابدين ٣٣١/٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٦٦/٢، المغنى مع

النشر كبير ٢٥٣/٤، ٣٢٧/٨.

الرسول ﷺ: ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة^(١)، ولذا يصح مع الهزل كل من الزواج والطلاق والرجعة أو العتق أو اليمين، فلا يشترط في شيء منها الرضا بالحكم بل متى تكلم الإنسان بالسبب قصداً فيلزمه حكمه وإن لم يرض به، أما التصرفات التي تقبل الفسخ كالبيع فإنها تلغى ولا تعتبر إذا صدرت من هازل لأن أساس التعاقد في هذه التصرفات هو الإرادة، وما دامت الإرادة قد انعدمت قبل التلفظ بالعبرة فإنها تصير لغوا لا قيمة لها.^(٢)

الرأي الثاني: وهو لبعض المالكية ورواية عن أحمد^(٣).

وهم يرون عدم صلاحية عبارة الهازل لإنشاء أى تصرف من التصرف من التصرفات أو عقد العقود من غير تفرقة بين التصرفات التي تقبل الفسخ والتي لا تقبل، فطلاق الهازل لا يقع ونكاحه لا يصح، وكذا بيعه وإجارته لاغية.

وحجتهم فيما ذهبوا إليه أن إيقاع الطلاق أو إبرام البيع مع وجود الهزل يجعل من عبارته مجرد لفظ من غير وجود نية أو إرادة، ومن المعروف أن التصرفات لا تكون صحيحة إلا مع وجود النية أو الإرادة،

(١) سبق تخريج هذا الحديث

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٣١/٤، الالتزامات في الشرع الإسلامي للشيخ احمد إبراهيم ٨٤/٢ نظرية الإرادة المنفردة للدكتور عبد المجيد مطلوب ص ٩٧.

(٣) راجع للمالكية منح الجليل ٢٠٨/٢، الشرح الكبير مطبوع بهامش حاشية الدسوقي ٣٤ جاء فيه: (انعقاد البيع ولو قال المشتري لا أرضى أو كنت هازلاً...) ولذا يقول الشيخ على الخفيف في كتابه أحكام المعاملات الشرعية ص ١٥٨ يقول: (ومن المالكية من سوى بين جميع تصرفاته فلم يعتبر عبارته على الإطلاق، راجع للحنابلة إعلام الموقعين لابن القيم ١٠٠/٣، المغنى لابن قدامة ٣٣١/٨.

أما ما استدلل به أصحاب الرأى السابق — وهو قول الرسول ﷺ: " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد ...) فهو حديث منقطع الإسناد ولا يجوز الاستدلال به ^(١) وهو أن عبارة الهازل معتبرة فى كل العقد.

الرأى الثالث: وهو لبعض المالكية، وبه يقول الشافعية فى الصحيح، وأبو الخطاب من الحنابلة ^(٢).

وحجتهم فى رأيهم أن الهازل أتى بالقول غير ملزم لحكمه، وترتيب الأحكام على الأسباب للشارع لا للحاكم، فإذا أتى بالسبب لزمه حكمه شاء أم أبى، ولأن الهازل يقصد النطق بالعبارة الموضوعية لإنشاء الالتزام وهو دليل رضاه وقصده الباطن فيعامل بما تدل عليه عبارته، ولا يلتفت إلى دعواه الهزل ^(٣).

ومما سبق يتضح لنا اتفاق جمهور الفقهاء على أن التصرفات التى يستوى فيها الجدل والهزل كالنكاح والطلاق يؤاخذ فيها الهازل بأقواله كالجاد، ترجيحاً للإرادة الظاهرة على الباطنة أما ما يصدر من الهازل من

(١) انظر: د/ عبد الحليم عبد اللطيف فى رسالته حسن وأثره فى التصرفات ص ٢١٤.

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٣/٣ جاء فيه وظاهر المصنف انعقاد البيع ولو قال المشتري لا أرضى أو كنت هازلاً المجموع شرح المذهب ١٧٣/٩ مطبعة التضامن الأخوى جاء فيه: (قال أصحابنا فى بيع الهازل وشرائه وجهان أصحهما ينقذ كالطلاق وغيره) إعلام الموقعين لابن القيم ١٠٠/٣، ١٠١ جاء فيه: (وقال أبو الخطاب فى انتصاره يصح بيعه كطلاقه).

(٣) إعلام الموقعين لابن القيم ١٠١/٣، نظرية الإرادة المنفردة د/ عبد المجيد مطلوب ص ١٠٠، الملكية ونظرية العقد د/ أحمد فرج حسين ص ١٦٤.

التصرفات التي تقبل الفسخ كالبيع فجمهور الفقهاء يرون أن الهازل غير مؤاخذ فيها بأقواله ترجيحاً للإرادة الباطنة على الظاهرة ويرى الشافعية في الأصح عندهم، وبعض المالكية والحنابلة أن الهازل مؤاخذ بأقواله بلا تفرقة بين تصرفات تحتل الفسخ أم لا ^(١)؛ وذلك ترجيحاً للإرادة الظاهرة على الباطنة، لأن الهازل قصد العبارة مختاراً أما ترتيب الآثار عليها فذلك يتم بإرادة الشارع لا بإرادته هو ^(٢).

الرأى الراجح:

أرجح من هذه الآراء الرأى الأول، والذي فرق بين التصرفات التي لا تحتل الفسخ، والتصرفات التي تحتل الفسخ، والذي ذهب إلى أن عبارة الهازل معتبرة في النوع الأول لأن الشارع سوى فيها بين الهزل والجد، وغير معتبرة في النوع الثانى بل هى لغو لا حكم لها وذلك متى ثبت بالدليل أن ما صدر منه كان على وجه اللعب والهزل لأن الأخذ بعبارته يؤدى إلى عدم الاعتداد بشرط التراضى الأمر الذى يترتب عليه أكل أموال الناس بالباطل ^(٣).

(١) ولذا جاء فى معنى المحتاج ٢٨٨/٣: (وإن كان البيع وسائر التصرفات تتعقد الهزل على الأصح).

(٢) انظر عبد القادر محمد قحطان فى رسالته السابقة: (السكوت المعبر عن الإرادة) ص ٦٣٥، ٦٣٦.

(٣) د/ أحمد فراج حسين المرجع السابق ص ١٦٤، ١٦٥.

٢- عبارة المكره: (١)

لقد فرق الفقهاء بالنسبة للإكراه بين التصرفات التي لا تحتل الفسخ كالنكاح وما مثله، والتصرفات التي تحتل الفسخ كالبيع وما مثله. أولاً: التصرفات التي لا تحتل الفسخ:

اختلف الفقهاء بالنسبة إلى تأثير الإكراه في التصرفات التي لا تحتل الفسخ إلى رأيين:
الرأى الأول: وهو للأحناف: (٢)

وهم يذهبون إلى أنه لا تأثير للإكراه على هذه التصرفات فمن أكره على طلاق امرأته وقع طلاقه واستدلوا لما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة والمعقول:

أما الكتاب فقد استندوا إلى قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ ﴾ (٣) فقد أفادت هذه الآية عدم حل الزوجة المطلقة ثلاثاً حتى تنكح زوجاً غيره، سواء كان المطلق راضياً أو مكرهاً، ولا يكون عدم الحل إلا إذا كان الطلاق واقعاً فطلاق كل من المكره

(١) الإكراه لغة مصدر أكره يقال أكرهه على فعل الشيء إذا حمله على أمر هو له كاره - راجع المصباح المنير للفيومي الكاف مع الراء وما يتلوهما ص ٢٠٣ بيروت لبنان وفي الاصطلاح قال شمس الأئمة السرخسي الإكراه (اسم لفعل المرء بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط به الخطاب. راجع المبسوط للسرخسي ٣٩/٢٤ دار المعرفة بيروت لبنان، وجاء في التلويح على التوضيح ٣٩٠/٢ مطبعة محمد على صبيح أن الإكراه هو (حمل الغير على ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خلى ونفسه فيكون معدماً للرضا لا للاختيار).

(٢) البحر الرائق وبهامشه منحة الخالق على البحر الرائق ٢٦٤/٣ دار المعرفة بيروت لبنان

(٣) الآية رقم ٢٣٠ من سورة البقرة.

والراضى واقع، لأنه الآية مطلقة لا تقيد فيها وقول الرسول ﷺ: " لا طلاق في إغلاق " ^(١) لا يصلح مقيداً لها لأنه ظني والظني لا يصلح مقيداً للقطعي.

ونوقش هذا الاستدلال بأنهم يحتجون بعموم هذه الآية في إجازة طلاق المكره ثم لا يجيزون بيع المكره، مع أن الآية عامة فالله تعالى يقول: ﴿ وَأَحْلُ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ ^(٢) فإن قالوا البيع لا يكون إلا عن تراضى قلنا إن الطلاق لا يكون إلا عن رضا من المطلق ونية له. ^(٣)

وأما السنة فقد روى عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح " ^(٤) فقد أفاد هذا الحديث أن الهزل في هذه التصرفات يعتبر جداً والإكراه في معنى الهزل لعدم القصد الصحيح للتصرف في كل، بل إن ثبوت تصرف المكره فيما لا يحتمل الفسخ أولى من ثبوت تصرف الهازل لأن الهازل معدوم الاختيار، والمكره فاسد الاختيار والفاسد موجود من وجه ^(٥)، وقد نوقش هذا الاستدلال بأن قياس المكره على الهازل قياس باطل ^(٦).

(١) الحديث رواه ابن ماجة باب طلاق المكره والناسي ٦٦٠/١ رقم ٢٠٤٦.

(٢) سورة البقرة من الآية رقم ٢٧٥.

(٣) د/ عبد المجيد المطلوب الإرادة المنفردة ص ١٠٥، ١٠٦.

(٤) سبق تخريج هذا الحديث

(٥) العناية على هامش الفتح ٣/٣٩، ود/ عبد المجيد مطلوب: المرجع السابق ص ١٠٦،

١٠٧.

(٦) لأن الهازل قاصد إلى إيقاع الطلاق راض به والمكره غير راض به ولا نية له في الطلاق، ومن جهة أخرى فإن حكم الأصل وهو الهازل مختلف فيه راجع: أحكام القرآن لابن العربي ٣/١١٨١ ط دار الفكر، نيل الأوطار للشوكاني ٦/٢٣٥ طبعة دار التراث.

وأما المعقول فإن طلاق المكره طلاق من مكلف في محل بملكه
فنقد كطلاق غير المكره. (١)

الرأى الثانى: وبه قال جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية
والحنابلة (٢)

وهو يقولون بتأثير الإكراه فى التصرفات القولية التى لا تحتل
الفسخ فلا تصح مع الإكراه ولا تنتج آثارها، بحيث لو أكره إنسان على
الطلاق فلا يلزمه، وقد استدل جمهور الفقهاء بالكتاب والسنة والمعقول:
أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيْمَانِهِ إِلَّا مَنْ
أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيْمَانِ﴾ (٣) فقد أفادت هذه أن الله لم يترتب على
التلفظ بالكفر حال الإكراه أثراً فالتصرفات الأدنى أولى بأن لا يترتب
عليها أثر مع الإكراه.

وأما السنة فقد روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: (رفع عن أمتى
الخطأ والنسيان وما استكروها عليه) (٤) فقد دل هذا الحديث منطوقه أن
الأثم مرفوع عن كل من المخطئ والناسى والمكره فدل ذلك على عدم
اعتبار التصرف مع الإكراه.

وأما المعقول فلأن القصد والرضا شرط فى هذه التصرفات، ولا
يتحقق هذا الشرط مع الإكراه، لأن المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع له

(١) المغنى لابن قدامة ٣١١/٨.

(٢) الشرح الصغير لسيدى أحمد الدريز ١٢٧/٢، نهاية المحتاج للرملى، المغنى لابن قدامة

٣١١/٨.

(٣) الآية ١٠٦ من سورة النحل.

(٤) سبق تخريج هذا الحديث

وإنما يقصد دفع مضرة السيف عن نفسه ^(١) ومن جهة فإننا كيف نقيم أسرة أو نهدمها دون رضا. ^(٢)

الرأى الراجح:

هو رأى جمهور الفقهاء لقوة أدلتهم، ولأن رأى الأحناف بصدقة هذه التصرفات مع الإكراه يناهى ما جاء فى القرآن والسنة. ^(٣)

ثانياً: التصرفات التى تحتل الفسخ:

اختلف الفقهاء بالنسبة إلى تأثير الإكراه فى التصرفات التى تحتل الفسخ كالبيع وما مثله إلى ثلاثة آراء:

الرأى الأول:

وبه قال أبو حنيفة ^(٤) وصاحبا محمد وأبو يوسف وهم يرون أن تصرف المكره فاسد ^(٥)، وحجتهم أن ركن البيع وهو المبادلة صدر من

^(١) جاء فى بدائع الصنائع ١٨٢/٧: (ولأن القصد إلى ما وضع له التصرف شرط جواز، ولهذا لا يصح تصرف الصبى والمجنون، وهذا الشرط يفوت بالإكراه) وهو يذكره كدليل للشافعية.

^(٢) د/ عبد المجيد مطلوب الإرادة المنفردة ص ١٠٨، د/ حسين حامد المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ص ٢٦٨.

^(٣) فقد قال الله تعالى: (وما جعل عليكم فى الدين من حرج) والرسول صلى الله عليه وسلم يقول: (إن الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه ... الحديث) الآية رقم ٧٨ من سورة الحج، والحديث رواه الترمذى ج ١ ص ١١٦ باب الدين يسر - دار الريان للتراث.

^(٤) البدائع ١٨٦/٧.

^(٥) كما سبق أن ذكرنا فإن الأحناف يفرقون بين الفساد والبطلان فى المعاملات، فالفساد عندهم ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه وذلك كعقد الربا فإن البيع مشروع بأصله لكن رافقه وصف الربا الذى هو غير مشروع، أما الباطل فهو غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه كبيع الميتة والدم، أما جمهور الفقهاء فالفساد عندهم مرادف للبطلان وهو مخالفة التصرف لأمر الشارع. راجع أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية د/ مصطفى سعيد الخن ص ٣٤٤، ٣٤٥، مؤسسة الرسالة، د/ عبد المجيد مطلوب المرجع السابق ص ١٠٩ هامش رقم ٢.

أهل للبيع فى محل قال له فأفاد الملك عند التسليم كما فى سائر البياعات الفاسدة إلا أن شرط الرضا منعدم، والرضا شرط جواز العقد، وتأثير فوات شرط الجواز يكون فى إفساد العقد كما فى بيع الربا ^(١)، ومن جهة أخرى فإن ظواهر نصوص البيع جاءت عامة ومطلقة من غير تخصيص ولا تقييد.

الرأى الثانى:

وبه قال الإمام مالك وزفر من الأحناف ^(٢)، وهم يرون أن الإكراه يجعل تصرف المكره موقوفاً على إجازة المكره كما فى بيع الفضولى، وبالتالي يكون المكره مخيراً بين فسخ العقد أو إمضائه ؛ لأن من شرط هذه العقود التراضى كما قال سبحانه: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ ^(٣) والإكراه يسلب الرضا، فأصبح متوقفاً على إجازة المكره كبيع الفضولى فإنه متوقف على إجازة المالك. ^(٤)

الرأى الثالث:

وبه قال الشافعية ^(٥) والحنابلة ^(٦)، وهم يرون أن تصرف المكره بالبيع، وما مثله ينعقد باطلاً، فهذه العقود والتصرفات عندهم تعتبر مع الإكراه باطلة أو فاسدة إذ لا فرق عندهم بين الباطل والفاسد. وقد استدل الشافعية والحنابلة لمذهبهم بالآتى:

(١) تبين الحقائق للزلمى ١٨٢/٥، ١٨٣، بدائع الصنائع للكاسانى ١٨٦/٧.

(٢) راجع فتح الرحيم للشنقيطى على فقه الإمام مالك ١٠٩/١، الناشر مكتبة القاهرة، البدائع

١٨٦ / ٧.

(٣) الآية ٣٠ من سورة النساء.

(٤) البدائع ١٨٦/٧.

(٥) الحاوى الكبير للماوردى ١٣/٥.

(٦) كشف القناع للبهوتى ١٥١/٣ - دار الفكر.

١- يقول الله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾^(١) ويقول الرسول ﷺ: "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"^(٢) فهذا يدل على أن ما يكره عليه يكون مرفوعاً عنه حكمه واثمه وعينه إلا بدليل.

٢- إن انعقاد التصرفات شرعاً يكون بكلام يصدر عن قصد واختيار معتبر شرعاً، وليس للمكره اختيار صحيح فيما تكلم به بل هو مكره عليه، والإكراه يضاد الاختيار، فوجب اعتبار هذا الإكراه في انعدام اختياره به لكونه إكراهًا بالباطل ولكونه معزوراً في ذلك فإذا لم يبق له قصد معتبر شرعاً التحق بالمجنون^(٣)، ولأن الله سبحانه نهى عن أكل أموال الناس بالباطل واستثنى التجارة القائمة على التراضي، في قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٤) فدل ذلك على أن تصرف المكره باطل

وهذا إذا كان الإكراه بغير حق، أما إذا كان إكراهاً بحق، كأن يكره الحاكم شخصاً على بيع ماله لوفاء دينه فلا يمنع من صحة العقد.^(٥)

الرأى الراجح في نظري:

هو رأى جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة، وهو أن عبارة

(١) الآية ٢٥٦ من سورة البقرة.

(٢) سبق تخريج هذا الحديث

(٣) المبسوط للمرخسي ٥٦/٤ - ٥٩ في عرضه لحجج الشافعية حاشيتنا القليوبى وعميرة على منهاج الطالبين للإمام أبى زكريا يحيى بن شرف الدين النووي ١٥٦/٢ طبعة مصطفى الحلبي سنة ١٩٥٦ الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد د / مصطفى الزرقاء ٣٧٢/١.

(٤) الآية ٢٩ من سورة النساء.

(٥) فقد جاء فى الشرح الكبير على متن المقنع ٢١٢/٤: (... فإن كان أحدهما مكرها لم يصح لعدم الشرط إلا أن يكره بحق كالذى يكرهه على بيع ماله لوفاء دينه).

المكره لا أثر لها فلا ينشأ بها عقد ولا يترتب عليها أثر بلا تفرقة بين تصرف وآخر، ترجيحاً للإرادة الباطنة على الظاهرة، وذلك بناء على النصوص الصريحة التي ترفع الإثم عن المكره والتي سبق ذكرها، ولأن الرضا هو أساس انعدام العقود والتصرفات وهو منعدم مع الإكراه.

٣- التلجئة أو المواضعة:

وهي في اللغة الإكراه أو هي أن يلجئك أن تأتي أمراً باطنه خلاف ظاهره ^(١) في الاصطلاح أن يتظاهر أو يتواطأ شخصان على إبرام عقد صوري بينهما إما بقصد التخلص من اعتداء ظالم على بعض الملكية، أو بإظهار مقدار بدل أكثر من البديل الحقيقي ابتغاء الشهرة والسمعة، أو لتغطية اسم الشخص الذي يعمل لمصلحته باطناً ^(٢).

وقد اختلف الفقهاء بالنسبة إلى عقد التلجئة — خاصة الحالة الأولى وهي أن يخاف إنسان اعتداء ظالم على بعض ما يملك فيتظاهر هو ببيعه لثالث فراراً منه ويتم العقد مستوفياً أركانه وشروطه، مثل بيع المدين أمواله لتهربها من وجه الدائنين — اختلفوا إلى رأيين:

الرأى الأول:

وبه قال الشافعي ^(٣) وأبو حنيفة ^(٤) وهم يرون أن البيع صحيح وتترتب عليه آثاره أخذاً بالإرادة الظاهرة وتغليباً لها على الإرادة الباطنة، لأن البيع تم بأركانه وشروطه وأتى باللفظ مع قصد واختيار — خالياً عن

(١) لسان العرب لابن منظور ٣٩٩٧/٥ مادة لجأ.

(٢) المغنى لابن قدامة ٥٦٠/٤، الفقه الإسلامي وأدلته د/ وهبة الزحيلي ١٩٣/٤ ط دار الفكر
الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد د/ مصطفى الرزقاء ٣٥٧/١ وما بعدها مطابع ألف باء
الأديب دمشق.

(٣) المجموع للنووي ٣٣٤/٩.

(٤) الاختيار لتعليل المختار ٢٦/١، المغنى لابن قدامة ٥٠٦/٤.

مقارنة مفسد. (١)

الرأى الثانى:

وهو مذهب الحنابلة (٢) وبه قال صاحبان من الأحناف (٣) وهم يرون أن بيع التلجئة باطل أخذاً بالإرادة الباطنة وتغلياً لها على الإرادة الظاهرة لأن العاقدين فى بيع التلجئة لم يقصدا البيع فلم يصح منهما كالهازلين. (٤)

ويأخذ حكم الصورة السابقة ما يسمى بالتلجئة فى البذل وهو أن يتظاهرا بالزيادة فى الثمن عند العقد مع الاتفاق على ثمن أقل منه لكل يحجم من له حق الشفعة عن طلبها لارتفاع الثمن، حيث يرى الإمام الشافعى وأبو حنيفة (٥) أن المعتبر فى البيع هو المعلن فى العقد، والبيع نافذ وصحيح وبه تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري تغلياً للإرادة الظاهرة على الباطنة لأن المذكور فى العقد هو الذى تم به البيع، أما الحنابلة والصاحبان (٦) من الأحناف فهم يرون أن البيع باطل ولا تنتق به الملكية من البائع إلى المشتري تغلياً للإرادة الباطنة على الظاهرة لأن المتعاقدين لم يقصدا الزائد على ما اتفقا عليه سراً فكأنهما هزلاً.

(١) الفقه الإسلامى وأصلته د/ وهبة الزحيلي ١٩٤/٤، د/ احمد فراج الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ص ١٧١.

(٢) المغنى لابن قدامة ٥٠٦/٤.

(٣) حاشية ابن عابدين ٤٢٢/٧.

(٤) المغنى لابن قدامة ٥٠٦/٤ المبسوط للمرخسى ١٢٢/٢٤ ط دار المعرفة بيروت.

(٥) راجع للشافعية المجموع شرح النووى ٣٣٤/٩، وللأحناف الاختيار لتعلييل المختار ٢٦/١.

(٦) راجع للحنابلة: الإنصاف للمرداوى ٢٥٤/٤ دار الكتب العلمية بيروت لبنان، وللأحناف الاختيار لتعلييل المختار ٢٦/١.

الرأى الراجع:

أرجح من هذين الرأيين ما ذهب إليه الحنابلة والصاحبان من أن بيع التلجنة باطل ولا تنتقل به الملكية من البائع إلى المشتري وفى حالة التظاهر بالزيادة فى الثمن عند العقد يجب ما اتفقا عليه فى السر ولا اعتبار لاتفاقهما الظاهرى أى أن الأساس هى الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة، لأن الإرادة الباطنة هى الأساس فى إنشاء العقود، والأخذ بها يتفق مع قاعدة الأمور بمقاصدها، ولأن العاقدين فى بيع التلجنة لم يقصدا البيع فلم يصح منهما كالهازلين.

المطلب الرابع

القصد غير المشروع

قد نتجه إرادة العاقد إلى جعل العقد وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع فما موقف الفقه الإسلامى من هذه العقود التى تتخذ وسيلة للوصول إلى غرض محظور ؟

تتعلق هذه المسألة بنظرية السبب فى الفقه الإسلامى، والفقه الإسلامى فى تجاه هذه النظرية يتنازعه عاملان متعارضان:

١- فهو أولاً فقه ذو نزعة موضوعية بارزة، يعتد بالتعبير عن الإرادة دون الإرادة ذاتها، أى يأخذ بمذهب الإرادة الظاهرة لا بمذهب الإرادة الباطنة

٢- ولكن الفقه الإسلامى من جهة أخرى فقه تغلب فيه العوامل الأدبية والخلقية والدينية، وهذا يقتضى أن يعتد فيه بالبائع الذى تقاس به شرف النوايا وطهارتها، بحيث يؤخذ فيه بالإرادة الباطنة لا الظاهرة، وبين هذين العاملين يتراوح الفقه الإسلامى فى بعض مذاهبه نرى نظرية

السبب تخفى تحت ستار من صيغة العقد والتعبير عن الإرادة ويختلط السبب بالمحل، فلا يعتد بالسبب أى بالبائع على التعاقد إلا حيث يتضمنه التعبير عن الإرادة، وفي مذاهب أخرى تتغلب العوامل الأدبية والخلقية والدينية فيعتد بالبائع ولو لم يذكر في العقد (١).

ويمكن أن نورد بعض التطبيقات العملية لهذين الاتجاهين على

النحو التالى:

أولاً: بيع العينة:

العينة بالكسر السلف، واعتان الرجل اشترى الشيء بالشيء نسيئة، وشرعاً البيع إلى أجل أو شراء بأقل نقداً لأن البائع يستعين بالمشتري على تحصيل مقاصده. (٢)

وقد اختلف الفقهاء فى حكم هذا النوع من البيع إلى رأيين:

الرأى الأول: أن بيع العينة صحيح:

ذهب إلى ذلك الشافعية (٣) وبه قال الأحناف، وإن كان بعضهم كرهه فقد روى عن محمد بن الحسن أنه قال هذا البيع فى قلبى كأمثال الجبل (٤)، وقد استدلوا لرأيهم بعموم قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلُّ الْبَيْعَ

(١) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للدكتور عبد الرزاق السنهورى ٥١/٤، ٥٢ مطبعة دار المعارف بمصر، التصرف الانفرادى والإرادة المنفردة محاضرات ألقاها الأستاذ على الخفيف على طلبة قسم الدراسات القانونية ص ٩٠، ٩١ طبعة ١٩٩٤م.

(٢) الذخيرة للقرافى ١٩/٥، ٢٠ دار الغرب الإسلامى، مواهب الجليل للحطاب ٤٠٤/٤ ط دار الفكر.

(٣) الحاوى الكبير للماوردى ٣٥٠/٦.

(٤) الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ٤٢١/٧، ٤٨٠.

وَحَرَّمَ الرَّبَّ ۞ (١) ولأن كلا من البائع والمشتري باع واشترى وهو مكلف مختار ولذا فإن ما يصدر منه من ألفاظ يكون صحيحاً مرتباً لآثاره، وقصداً التحايل وعدم قصده أمر خفى لم ينكر فى العقد ومن ثم لا يكون له أثر على العقد بالبطلان. (٢)

الرأى الثانى: أن بيع العينة باطل:

ذهب إلى ذلك المالكية (٣) والحنابلة (٤) ترجيحاً لإرادة الباطنة للعاقدين وقصدهما السىء، لأن من يقصد التحايل على أحكام الله فإنه يعامل بنقيض مقصوده ويرد عليه عقده، ويدل على بطلان هذا النوع من البيع ما روى أن امرأة دخلت على عائشة رضى الله عنها فقالت يا أم المؤمنين إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشتريته منه بستمائة درهم نقداً فقالت لها عائشة بئسما شريت وبئسما اشتريت أبلغى زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب (٥)، وقد رد الإمام الشافعى على ما استدل به الجمهور من وجوه: الأول ضعف إسناد هذا الحديث ووهاء طريقه الثانى أن عائشة رضى الله عنها إنما أبطلت البيع إلى العطاء لأنه أجل مجهول والأجال المجهولة

(١) الآية ٢٧٥ من سورة البقرة.

(٢) الميزان الكبرى للشعرانى ٨٠٨/١ المطبعة الكستلية ١٢٧٩ هجرية، د/ أحمد فراج حسين

الملكية ونظرية العقد مرجع سابق ص ١٧٣.

(٣) الشرح الصغير لمسىدى أحمد الدريير ٤٢/٣، ٤٣.

(٤) المغنى لابن قدامة ٤٨١/٤.

(٥) أخرجه البيهقى فى سننه ٣٣٠/٢ ط دار الفكر، كما أخرجه الدار قطنى ٥٢/٣، ط عالم الكتب بيروت.

يبطل بها البيع. ^(١)

الرأى الراجح:

اتضح لنا مما سبق أن فى مسألة العينة رأيين أحدهما يعتبر أن هذا العقد صحيح، أى أنه يغلب الإرادة الظاهر على الباطنة والثانى يعتبر هذا العقد باطلاً أى أنه يغلب الإرادة الباطنة على الظاهرة ونرجح من هذين الرأيين ما ذهب إليه الحنابلة ومن وافقهم من أن بيع العينة باطل ترجيحاً للإرادة الباطنة على الظاهرة خاصة وأن هذا الرأى يؤيده مبدأ سد الذرائع، باعتبار أن بيع العينة زريعة إلى الربا، ولأن هذا البيع فيه شبهة على الأقل، ومن اتقى الشبهات فقد استبرأ لعرضه ودينه.

ثانياً: زواج المحلل:

هو زواج المطلقة ثلاثاً بزواج آخر لا لتعيش معه ويكونا أسرة بل ابتغاء أن يكون الزواج طريقاً يمكنها من أن تعود إلى زوجها الأول.

وقد اختلف الفقهاء فى حكمه إلى رأيين:

الرأى الأول: أنه عقد صحيح ويترتب عليه أثره:

وبه قال أبو حنيفة ^(٢) والشافعى ^(٣) فى الجديد، بشرط خلو العقد

من شرط التحليل وإلا كان العقد باطلاً عند الشافعى وصحيحاً مع الكراهة التحريمية عند الإمام أبى حنيفة.

(١) د/ بدران ابو العنين بدران: الشريعة الإسلامية ص ٣٨٩.

(٢) الاختيار لتعليل المختار ١١٢/٢.

(٣) الحاوى الكبير للرافعى ٤٥٧/١١.

واستدلوا لرأيهم بقول الرسول ﷺ: " لعن الله المحلل والمحلل له" ^(١) فقد أثبت هذا الحديث صحة هذا الزوج لأنه سماه محلاً، وكونه ملعوناً لا يستلزم الفساد بل يستلزم الحرمة وجزاؤها العقاب الأخرى بين لزوم الإثم والصحة. ^(٢)

الرأى الثانى: أنه عقد باطل:

وبه قال المالكية ^(٣) والحنابلة ^(٤) واستدلوا لرأيهم بالآتى:

- ١- أن المحلل والمحلل له ملعون على لسان رسول الله ﷺ.
- ٢- ولأن هذا النكاح نكاح إلى مدة أو فيه شرط يمنع بقاءه فأشبهه نكاح المتعة. ^(٥)

٣- ولأنه نكاح شرط فيه انقطاعه قبل غايته فوجب أن يكون باطلاً ^(٦).

الرأى الرابع:

اتضح لنا مما سبق أن أحد الرأيين يرجح الإرادة الظاهرة، بينما يرجح الرأى الآخر الإرادة الباطنة ونرجح من هذين الرأيين الرأى الثانى القائل ببطلان عقد التحليل تغليباً للإرادة الباطنة على الظاهرة، خاصة إذا كان شرط التحليل مذكوراً فى العقد، وذلك لقوة الأدلة التى يستند إليها وضعف أدلة المخالف.

(١) أخرجه البيهقى فى سننه ٢٠٧/٧، ٢٠٨ ط دار الفكر، كما أخرجه ابن ماجة فى سننه ٦٢٣/١ رقم ١٩٣٦ ط دار الفكر، كما أخرجه الدار قطنى ٢٥١/٣ مكتبة المتنبى.

(٢) د/ أحمد فراج حسن: المرجع السابق ص ١٧٢.

(٣) الشرح الصغير للدردير ٩٣/٢، ٩٤.

(٤) المغنى لابن قدامة ١١/٤، ١٢.

(٥) المغنى مع الشرح الكبير ١٢/٨.

(٦) الحاوى الكبير ٤٥٦/١١.

ثالثاً: بيع العصير لمن يتخذه خمرأ:

قد يتخذ العقد وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع كما فى بيع العصير لمن يتخذه خمرأ، وكما فى بيع الأرض لمن يتخذها كنيسة، وقد اختلف الفقهاء فى حكم هذه العقود إلى رأيين: **الرأى الأول:**

أن هذه العقود صحيحة ترجيحاً للإرادة الظاهرة على الباطنة وبهذا الرأى قال الحنفية والشافعية ^(١)، ولا يعتد هذا الاتجاه بالبائع إلا إذا كان مصرحاً به فى العقد أى تضمنته الإرادة الظاهرة كالاستئجار على الغناء والنوح والملاهى وعلى ذلك فلا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح والملاهى فلو استأجر على شىء من ذلك كان العقد باطلاً ولذا جاء فى البدائع ^(٢) ولا تجوز إجارة الإمام للزنا لأنها إجارة على المعصية " فإذا لم يصرح به فى صيغة العقد كان العقد صحيحاً.

وحجتهم فيما ذهبوا إليه أن البيع تم بأركانہ وشروطه، وقد توافرت المقترضات الفنية فى التصرف من إيجاب وقبول، وأهلية، وقابلية المحل لحكم العقد، فلا عبرة بعدها للسبب المصلحى " القصد الخفى " لأنه

(١) وقد كره الشافعى هذا العقد، وذكر بعض أصحابه أن البائع إذا اعتقد أنه يعصرها خمرأ فهو محرم، أما الأحناف فهم يرون أنه لا بأس بهذا العقد إلا إذا صرح بالبائع غير المشروع، راجع للأحناف البدائع ١٨٩/٩ جاء فيه: (وكذا لو استأجر رجلاً ليقتل به رجلاً أو لسجنه أو ليضربه ظلماً، وكذا كل إجارة وقعت لمظلمة لأنه استئجار لفعل المعصية، وللشافعية راجع المذهب فى فقه الإمام الشافعى للشيرازى ٢١/٢ دار الكتب العلمية بيروت لبنان جاء فيه: (ويكره بيع العنب ممن يعصر الخمر والتمر ممن يعمل النبيذ، وبيع السلاح ممن يعصى الله تعالى به) .

(٢) البدائع ١٩٠/٤.

لا تأثير له في بطلان الأسباب الظاهرة. (١)

الرأى الثانى:

إن هذه العقود باطلة ترجيحاً للإرادة الباطنة على الظاهرة ذهب إلى ذلك المالكية (٢) والحنابلة (٣) والظاهرية (٤) وهم يبطلون التصرف الذى يشتمل على باعث غير مشروع بشرط أن يعلم الطرف الآخر بالسبب غير المشروع، أو كان بإمكانه أن يعلم بذلك بالظروف والقرائن التى تدل على القصد الخبيث وقد استدل هؤلاء بالمنقول والمعقول:

أولاً: المنقول:

يقول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ (٥) فقد نهى الله سبحانه عن التعاون على الإثم والعدوان واتخاذ العقد وسيلة لمحرم تعان على الإثم والعدوان، والنهى يقتضى

(١) المغنى لابن قدامة ٥١١/٤ فى عرضه لأدلة هذا الاتجاه، نظرية الإرادة المنفردة للدكتور عبد المجيد مطلوب ص ١٣٠، ١٣١.

(٢) فقد جاء فى حاشية السواقى على الشرح الكبير ٧/٣ جاء فيه: (وكذا يمنع بيع كل شىء علم أن المشتري قصد به أمراً لا يجوز كبيع جارية لأهل الفساد، أو بيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة، والخشب لمن يتخذها صليباً والعنب لمن يعصره خمرأ)، وفى نفس المعنى أسهل المدارك شرح إرشاد السالك ٢٦٢/٢ ط دار الفكر.

(٣) جاء فى المغنى لابن قدامة ٥١١/٤: (وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذ خمرأ محرماً.. كما يراجع الفروع لابن مفلح ٤٤/٤ عالم الكتب الكافى لابن قدامة ١٩/٢ المكتب الإسلامى).

(٤) المحلى لابن حزم ٢٩/٩، ٣٠ جاء فيه: (ولا يحل بيع شىء من يوقن أن الله يعصى به وهو مفسوخ أبداً...).

(٥) الآية رقم ٢ من سورة المائدة.

التحريم^(١)، ويقول الرسول ﷺ فيما أخرجه الترمذى وغيره أن النبى ﷺ أتاه جبريل فقال: " يا محمد إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه، وشاربها، وبائعها ومبتاعها " ^(٢)

فقد لعن رسول الله ﷺ كل متعاون على الخمر ومساعد فيها فدل ذلك على أن بيع العصير لمن يتخذه خمرًا حرام.

ثانيًا: المعقول:

وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصد فى العقود معتبرة، وأنها تؤثر فى صحة العقد وفساده، وفى حله وحرمته، بل وأبلغ من ذلك، وهى أنها تؤثر فى الفعل الذى ليس بعقد تحليلًا وتحريمًا.

فيصير حلالاً تارةً وحراماً أخرى باختلاف النية والقصد، كما يصير صحيحاً تارةً وفساداً أخرى باختلافها.. فعصر العنب بنية أن يكون خمرًا معصية معلون فاعله على لسان رسول الله ﷺ، وعصره بنية أن يكون خلا أو دبسا جائز، وصورة الفعل واحدة ^(٣)، فهذا النص يفيد أن العبرة فى العقود بحقائقها ومقاصدها عند الحنابلة والمالكية تغليباً للإرادة الظاهرة على الباطنة. ^(٤)

(١) المغنى لابن قدامة ٥١١/٤.

(٢) أخرجه الترمذى باب النهى أن يتخذ الخمر خلا ٥٨٩/٣، كما أخرجه البيهقى فى سننه ٣٢٧ ط دار الفكر.

(٣) إعلام الموقعين لابن القيم ٨٩/٣، ٩٠.

(٤) ويرى الشيخ على الخفيف أن مذهب المالكية يتفق مع مذهب الحنفية والشافعية فى القول بصحة العقود التى تتضمن عبارتها الباعث المحذور، ويرى أن الإيجاب على الإخراج من الملك إنما هو لمنع فساد يترتب عليها وهو من باب سد الزريعة ولا صلة له بصحة العقد ولا ببطلانه، وهذا خلاف ما ذهب إليه الحنابلة من عدم صحة هذا العقد، راجع التصرف الانفرادى للشيخ على الخفيف بحث مقارن ص ١٠٣، ١٠٤ ط ١٩٦٤، وكذا نظرية الإرادة المنفردة للدكتور عبد المجيد مطلوب ص ١٣٣.

الرأى الراجح:

والرأى الذى أرجحه وأميل إليه هو رأى الحنابلة والمالكية والذى يأخذ بالإرادة الباطنة ويرجحها على الإرادة الظاهرة، حيث قضى ببطلان العقد المشتمل على باعث غير مشروع إذا كان الطرف الآخر يعلم بهذا القصد، أو كان هناك من القرائن ما يقتضى علمه بهذا القصد، لأن النية روح العمل ولبه وقوامه يصح بصحتها ويفسد بفسادها. (١)

خلاصة ومقارنة:

تحدثنا فى المطلب الثانى عن قصد العبارة لا باعتبارها منشئة لعقد واتضح لنا ما يأتى:

١- إذا لقن شخص آخر عبارة لا يفهم معناها وكانت هذه العبارة تنشئ التزاماً فإنه وفقاً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء لا قيمة لهذه العبارة ولا أثر لها ترجيحاً للإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة وذلك خلافاً لما ذهب إليه بعض الأحناف من أن عبارة الملقن تنتج أثرها فى العقود التى لا تقبل الفسخ كالزواج والطلاق أخذ بالإرادة الظاهرة وترجيحاً لها على الإرادة الباطنة.

٢- إذا صدرت العبارة من شخص فاهما معناها ولكن لم يقصد بها إنشاء عقد بل ردها لمجرد التعليم أو التعلم أو التمثيل، فإن هذه العبارة لا ينعقد بها العقد ولا يترتب عليها التزام لأن القصد فيها مفتقد والرضا بها منعدم، وذلك تغليباً للإرادة الباطنة على الظاهرة.

وفى المطلب الثالث تحدثنا عن قصد العبارة دون الرضا بما يترتب عليها من آثار وتبين لنا الآتى:

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ٩١/٣.

١- إن عبارة الهازل لاغية ولا يترتب عليها أثر ترجيحاً للإرادة الباطنة على الظاهرة، وبهذا الرأي قال جمهور الفقهاء باستثناء التصرفات التي يستوى فيها الهزل والجد ويرى الشافعية في الأصح وبعض المالكية مواخذه الهازل بأقواله بلا تفرقة بين تصرفات تحتمل الفسخ أم لا، وهم بهذا يرجحون الإرادة الظاهرة على الباطنة.

٢- يختلف تأثير الإكراه على التصرفات بين ما إذا كانت هذه التصرفات تحتمل الفسخ أم لا، فبالنسبة للتصرفات التي تحتمل الفسخ يرى الشافعية والحنابلة أن هذه التصرفات تعتبر مع الإكراه باطلة، ويرى أبو حنيفة وصاحباها أن هذه التصرفات فاسدة مع الإكراه، ويرى الإمام مالك وزفر من الأحناف أن الإكراه يجعل تصرف المكره موقوفاً، أما بالنسبة للتصرفات التي لا تحتمل الفسخ فإن الأحناف يأخذون فيها بالإرادة الظاهرة ويرون أنه لا تأثير للإكراه على هذه التصرفات، أما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فهم يأخذون بالإرادة الباطنة ويقولون بتأثير الإكراه عليها.

٣- من التطبيقات العملية لنظريتي الإرادة الظاهرة والباطنة ما يسمى بالتلجنة أو المواضعة فالإمام الشافعي وأبو حنيفة يأخذان فيها بالإرادة الظاهرة ويريان أن عقد التلجنة صحيح وتترتب عليه آثاره، أما الحنابلة والصاحبان من الأحناف فهم يرون أن هذا العقد باطل تغليباً للإرادة الباطنة على الظاهرة وهذا هو الرأي الراجح.

وفي المطلب الرابع تحدثنا عن القصد غير المشروع باعتباره من مجالات تطبيق نظريتي الإرادة الظاهرة والباطنة وتبين لنا ما يأتي:

١- قد يقصد العاقد من إبرام العقد جعله وسيلة إلى أمر غير

مشروع وتتعلق هذه المسألة في الفقه الإسلامى بنظرية السبب ويتنازع الفقه الإسلامى تجاه هذه النظرية عاملان فهو فقه ذو نزعة موضوعية بارزة يأخذ بمذهب الإرادة الظاهرة ويرجحها على الإرادة الباطنة، وهو من جهة أخرى فقه تتغلب فيه العوامل الأدبية والخلقية بحيث ترجح فيه الإرادة الباطنة على الظاهرة.

٢- وبتطبيق هذين الاتجاهين على بيع العصير لمن يتخذه خمراً مثلاً يتضح لنا أن هناك رأيين أحدهما يأخذ بالإرادة الظاهرة وهم الأحناف والشافعية فهم يصححون هذه العقود ولا يأخذون بالبائع إلا إذا كان مصرحاً به في العقد، والرأى الثانى يأخذ بالإرادة الباطنة وهم المالكية والحنابلة، فهم يرون أن هذه العقود باطلة لاشتغالها على بائع غير مشروع شريطة أن يعلم الطرف الآخر بهذا البائع غير المشروع أو كان بإمكانه العلم به.

مقارنة عامة بين المذاهب

وبالمقارنة بين المذاهب فيما يتعلق بالتطبيقات العلمية لنظريتي الإرادة الظاهرة والباطنة نلاحظ الآتى:

- ١- اتفق الفقهاء على أن من قصد من عقده غرضاً غير مشروع فإنه يكون أثماً لأن الأعمال بالنيات، والأمور بمقاصدها.
- ٢- من الفقهاء من كان الغالب على فروعه وأصوله الأخذ بظاهر القول، أى بناء الأحكام على الإرادة الظاهرة، ومنهم من بنى فروعه وأصوله على الإرادة الباطنة أى القصد أو النية.
- ٣- وأظهر من يأخذ بظاهر العقود وعبارتها المكونة لها من غير نظر إلى النيات والأغراض الإمام الشافعى رحمته الله ولذا يقول فى كتابه

الأم: (١) (أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة وأجزته بصحة الظاهر..) ويتفق الأحناف مع الشافعية في بناء الأحكام على الإرادة الظاهرة فلا تأثير للقصد عندهم في التصرفات، ولكنهم يأخذون بقصد العاقد من العقد، إذا كان ذلك القصد ظاهراً في العقد فلا يجوز الاستتجار على الغناء والنوح والملاهي.

٤- إن أظهر الآراء أخذ بالإرادة الباطنة أي بالبائع على العقد هو المذهب الحنبلي، فالقصد عند الحنابلة يؤثر في العقد وإن لم يكن ظاهراً في العقد نفسه، ولذا جاء في الفروع لابن مفلح (٢): (ولا يصح بيع ما قصد به الحرام كعصير لمتخذه خمراً...) ويتفق المالكية مع الحنابلة في بناء الأحكام على الإرادة الباطنة.

٥- يقوم المذهب الظاهري على دعامين: الأولي ترك الرأي والقياس جملة واحدة، الثانية: الوقوف عند ظواهر النصوص، فمن اطلع على ما قرره فقهاء الظاهرية من أحكام في مسائل الفقه يترجح عنده أنهم لم يأخذوا بالبواعث والقصود، وإنما أجروا العقود والتصرفات على ظاهرها دون نظر إلى الباعث المحذور، وإذا كانوا قد أبطلوا ببيع السلاح أو الخيل ممن يوقن أنه يعدو بها على المسلمين، فلا يعنى هذا أنهم يأخذون بالقصود، بل أبطلوا هذه البيوع وأمثالها لأنها من قبيل التعاون على الإثم والعدوان. (٣)

(١) الأم للشافعي ٦٥/٣.

(٢) الفروع لابن مفلح ٤٢/٤.

(٣) المحلى لابن حزم ٢٩/٩، ٣٠، د/ عبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص ٢٥٧، ٢٥٨، وانظر المقاصد والنيات وأثرها في عقد النكاح د/ أمل أحمد حسنين ص ١٢٩، ١٣٠.

المبحث الثانى

تطبيقات علمية لنظريتي

الإرادة الظاهرة والباطنة فى القانون المدنى

تمهيد:

إن لنظريتي الإرادة الظاهرة والباطنة تطبيقات عملية كثيرة وسنقتصر على بعض هذه التطبيقات، لكي يتضح لنا من خلالها ما إذا كان القانون قد أخذ فيها بالإرادة الظاهرة أم الباطنة ذلك أن الإرادتين إذا كانتا مختلفتين فإن الحكم بترجيح إحدى الإرادتين على الأخرى، يختلف باختلاف حالات التخالف وسنقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول

حالات انعدام الإرادة

من أظهر مواطن الاختلاف بين الإرادة الظاهرة والباطنة، حالات انعدام الإرادة، فالنية أمر ضرورى من أجل أن يحدث التصرف أثراً قانونياً معيناً، فإذا انعدمت النية فإن التصرف يكون باطلاً.

فالمتعاقد الذى يرضى بالتعاقد عقب مناقشة حادة بينه وبين المتعاقد الآخر عن قيمة أوراق مالية باعها على أثر هذه المناقشة وكان فى إرادته هذه متورطاً بحماس المناقشة أكثر منه راضياً رضاء حقيقياً لا يلتزم بإرادته الظاهرة، بل يؤخذ بإرادته الحقيقية فلا يكون هناك تعاقد^(١)، ويرجع ذلك إلى أن الرضا هو قوام العقد وأساسه، ولكى يتوافر الرضا بالعقد يجب أن توجد الإرادة لدى كل من طرفيه، ولا يمكن القول بتوافر

(١) التعبير عن الإرادة فى القانون المدنى المصرى دراسة مقارنة رسالة دكتوراه أعدها وليم

الإرادة لدى الشخص إلا إذا كان واعياً مدركاً لما هو مقدم عليه، وقد ربط القانون بين هذا الإدراك وبين التمييز بحيث لا يكون الشخص مدركاً مريداً إلا إذا كان مميزاً، والمقصود من التمييز هو القدرة على التفرقة بين النافع والضار عموماً، أما الشخص غير المميز فلا إرادة له في نظر القانون وبالتالي فإن كلامه لا يصلح لإنشاء العقود جميعاً على اختلاف أنواعها^(١)، وذلك مثل الصبي المميز والمجنون والمعتوه والمحجور عليه، كذلك فإن من فقد وعيه بسبب المرض أو الشيخوخة أو السكر أو الغيبوبة أو التويم المغناطيسي فهو معدوم الإرادة ولا يتحقق رضاه مع انعدام إرادته وبالتالي فإن العقد الذي يبرمه يكون باطلاً^(٢) وقد أكدت المعنى السابق محكمة النقض المصرية بقولها: "إن المقصود بالرضا الصحيح هو كون المتصرف مميزاً يعقل معنى التصرف ويقصده، والغرض من كونه مميزاً يعقل معنى التصرف أن يكون مدركاً ماهية العقد والتزاماته فيه.."^(٣)

(١) د/ محمد ليبيب ثنوب: الوجيز في مصادر الالتزام: المرجع السابق ص ٦٩ فقرة ٥٢، د/

عبد الرزاق حسن فرج مصادر الالتزام ١٩٨٣ فقرة ٤٦ ص ٦٤.

(٢) د/ عبد الفتاح نظرية العقد والإرادة المنفردة ط ١٩٨٤ ص ٨٩، ٩٠، د/ محمد حسين

منصور: مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة طبعة الدار الجامعية ص ١٠٧.

(٣) انظر نقض ٨ مارس سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر جـ ١ رقم ١٦٩ ص ٣٢٩ وقد أشار

إليه د/ السنهوري ١٧٣/١ هامش رقم (١)، د/ عبد الرزاق حسن فرج في كتابه مصادر

الالتزام ص ٦٤ هامش ٤.

المطلب الثانى

الاختلاف المقصود بين الإرادة الظاهرة

والباطنة

نعرض فى هذا المطلب للحالات التى يكون الاختلاف فيها بين الإرادة الظاهرة والباطنة مقصوداً، ومن أهم هذه الحالات ما يأتى:
أولاً: التعبير غير الجدى أو الهزل:

يلزم أن تكون الإرادة فى قصدها إحداث الأثر القانونى، جادة غير هازلة، وإلا لم ترتب آثارها القانونية مادامت غير جادة فلا عبرة بإرادة الهازل ^(١)، وإذا كان القانون المدنى لم يعرض لحالة الهزل، إلا أنه ينبغى الأخذ بالحكم الوارد فيه لحالة الصورية باعتبار أن كلا الحالتين يكون اختلاف الإرادة الباطنة عن الإرادة الظاهرة فيها مقصوداً ممن صدر منه التعبير على سبيل الهزل، ولهذا فإن العبرة يجب أن تكون بما يمكن التعرف عليه، فإذا كان يمكن التعرف على أن التعبير قد صدر على سبيل الهزل فلا يعتد بهذا التعبير، أما إذا لم يمكن التعرف على أن التعبير صدر على سبيل الهزل فإنه يعتد به ^(٢)

وبناء عليه إذا كان من أصدر التعبير هازلاً لم يقصد إبرام العقد، ولكن الموجه إليه التعبير لم يكن يعلم بذلك، ولم يكن فى استطاعته أن يعلم

(١) فإذا ذهبت لتشتري شيئاً ولما أفصحت للبائع أنه يبالغ فى الثمن الذى يطلبه منك قال لك خذه بدون مقابل، فالبائع هنا فى عرضه إعطائك الشيء بلا ثمن هازل غير جاد فلا يعتد قانوناً بعرضه هذا والعبرة هنا بالإرادة الباطنة الحقيقية. راجع د/ عبد الفتاح عبد الباقي — المرجع السابق ص ٩١، د/ محمد حسين منصور السابق ١٠٧.

(٢) د/ جلال على العدوى أصول الالتزامات ط ١٩٩٧ الناشر منشأة المعارف الاسكندرية

به من ظروف التعبير فإن العقد ينعقد^(١)، ويأخذ حكم الإرادة غير الجادة تلك التى تجئ معلقة على محض المشيئة من صاحبها، كأن يقول لك شخص أبيعك منزلى إذا أردت فالإرادة هنا تعتبر غير موجودة، ومن ثم لا يقوم العقد لا باعتباره باتاً، ولا حتى باعتباره معلقاً على شرط واقف (المادة ٢٦٧)^(٢) كذلك فإن العقد لا ينعقد إذا لم تنتج الإرادة إلى إحداث أثر قانونى كما فى أعمال المجاملات، كدعوة صديق لتناول طعام الغداء لو التبرع بتقديم خدمة مجانية^(٣)، ومما ينبغى ملاحظته أن نظرية الإرادة الباطنة باعتبارها من الدعائم الرئيسية للمذهب الشخصى لها أعظم الأثر فى تحديد النتائج القانونية المترتبة على هذا المذهب والتى من أهمها ضرورة وجود الإرادة، والتأكد من أن هذه الإرادة جديّة هادفة تريد الالتزام وتعرف ما يترتب عليه من آثار.^(٤)

ثانياً: التحفظ الذهنى:

يقصد بالتحفظ الذهنى أن يضمن من صدر منه التعبير فى ذهنه إرادة مخالفة لما فى التعبير، وهذه من أهم الحالات التى أشيرت بشأنها مسألة المفاضلة بين نظريتى الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة^(٥) فإذا كان

(١) د/ محمد لييب شنب: مرجع سابق ص ١٠٣.

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق ص ٩١، ٩٢.

(٣) د/ عبد الرازق حسن فرج: السابق فقرة ٤٧ ص ٦٥.

(٤) راجع بحث بعنوان: محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصى والموضوعى بحث بمجلة القانون والاقتصاد السنة التاسعة والأربعون العددان الأول والثانى، د/ نزيه الصادق المهدى ص ٦٤ وما بعدها.

(٥) دور الإرادة فى تكوين التصرف القانونى خلاصة دروس ألقاها أ. د منصور مصطفى منصور على طلبة الدراسات العليا للعام الجامعى ٩١، ١٩٩٢ ص ٤١.

من عبر عن إرادته قد أضمر في نفسه غير ما أظهر فإنه وفقاً لمنطق نظرية الإرادة الظاهرة لا يجوز الاعتداد بهذا التحفظ، وإنما يقف عند الإرادة المعلنة، أما إذا أخذنا بنظرية الإرادة الباطنة فإنه يجب الاعتداد به لأنه جزء من الإرادة الحقيقية^(١)، فباى النظريتين نأخذ ؟

لقد كان المشروع التمهيدي يتضمن في المادة ١٢٨ حكم ١١٦ ألمانى فكان يقضى بأنه (لا يكون التعبير عن الإرادة باطلاً لمجرد أن صاحبه أضمر غير ما أظهر) وقد أقام المشرع هذا الحكم دليلاً على الانتصار لنظرية الإرادة الظاهرة، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية (يتناول هذا النص مسألة التحفظ الذهني، وهي تثير من فورها أمر البحث في المفاضلة بين مذهب الإرادة الباطنة، ومذهب الإرادة الظاهرة، ونستخلص من ذلك أنه إذا لم تطابق الإرادة الظاهرة الإرادة الباطنة كانت العبرة بالإرادة الظاهرة)^(٢) وما سبق يمثل أحد الاتجاهين فى القانون المصرى، والذي يرى أن صحة التصرف القانونى رغم التحفظ الذهني تعتبر إعمالاً للإرادة الظاهرة^(٣) والاتجاه الآخر فى القانون المصرى يذهب إلى عدم الاعتداد بالإرادة المقترنة بالتحفظ الذهني ويستند بعض

(١) د/ عبد المنعم البدر اوى مصادر الالتزام ص ١٨١، ١٨٢.

(٢) د/ وليم سليم قلادة فى رسالته - السابق ذكرها فقرة ٨٦ ص ٢٣٩، وانظر مجموعة

الأعمال التحضيرية ٣٠/٢، د/ منصور مصطفى منصور السابق ص ٤٣.

(٣) ويرى الأستاذ العميد منصور مصطفى منصور أن هذه الحكم تطبيقاً لفكرة الإرادة

الباطنة، ولا يفيد الأخذ بالإرادة الظاهرة لأن إرادة التحفظ لم يتم التعبير عنها، ولذا تبقى

عديمة الأثر. راجع د/ منصور مصطفى منصور دروس الدكتوراه ص ٤٤.

أنصار هذا الرأي إلى أن الإرادة لم تتجه إلى إحداث أثر قانوني^(١)، ويبرر البعض هذا الاتجاه بأنه (إذا كان مشروع القانون المدنى يأخذ بالمذهب الجرمانى مؤثراً الإرادة الظاهرة فإن هذه النزعة المادية تضاعل أثرها، فالأصل فى القانون المصرى هو الأخذ بالإرادة الباطنة^(٢)).

ونرى مع البعض أن مقتضيات استقرار التعامل والثقة المفروضة فى الوضع الظاهر تقتضى الأخذ بالمذهب الموضوعى، والاعتداد بالإرادة التى عبر عنها صاحبها دون أن يظهر فيها هذا التحفظ ذهنى ومما يؤيد ذلك النص السابق ذكره والذي ورد فى المذكرة الإيضاحية فهو يؤكد ترجيح القانون للمذهب المادى الجرمانى، والإرادة الظاهرة^(٣).

ثالثاً: الصورية:

وهى وصف يلحق تصرفاً مخالفاً للحقيقة^(٤) وهى نوعان: الصورية المطلقة وهى التى تتناول وجود العقد ذاته، وتفى عدم قيام العقد فى نية عاقيه أما الصورية النسبية فهى لا تتناول وجود العقد، وإنما تتناول نوعه أو ركناً فيه أو شرطاً من شروطه أو شخص المتعاقدين ... بما مؤداه أن الصورية النسبية لا تنتفى بانتفاء الصورية المطلقة

(١) ولذا لا يعتد عنهم بإرادة الهازل ولا بالإرادة الصورية ولا بالإرادة المقترنة بتحفظ ذهنى لأن الإرادة فى جميع هذه الأحوال لم تتجه إلى إحداث أثر قانونى. راجع د/ نزيه محمد الصادق فى بحثه محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصى والموضوعى فى الالتزام العددان الأول والثانى للسنة التاسعة والأربعون ص ٢٣١، ٢٣٢.

(٢) د/ عبد المنعم البدرأوى - مصادر الالتزام - ١٩٩٢.

(٣) د/ نزيه الصادق البحث السابق ص ٢٣٣.

(٤) د/ جلال على العدوى: أصول أحكام الالتزام والإثبات ص ١١٣ ط ١٩٩٦ منشأة المعارف الإسكندرية .

لاختلافهما أساساً وحكماً^(١) وكلا النوعين يختلف عن التحفظ الذهني^(٢).
وتعد الصورية من أهم المسائل التي أثارت بشأنها مسألة المفاضلة
بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، وقد حاول المشرع الوضعي بصدد
تنظيم الصورية أن يوفق بين منفعتين متعارضتين للأطراف والغير عن
طريق تحطيم وحدة الآثار التي تنتج عن التصرف، ويواجه كل أثر منها
على حدة، دون أن يستتبع وجود أثر منها وجود الثاني^(٣) وذلك على
النحو التالي:

١- آثار الصورية بالنسبة للمتعاقدين وورثتهما:

نصت المادة ٢٤٥ على أنه (إذا ستر المتعاقدان عقد حقيقةً بعقد
ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي).
فالغرض من هذا النص أن المتعاقدين قد اتفقا على إبرام تصرف
معين ولكنهما أخفياه في صورة تصرف آخر لا وجود له في الحقيقة،
فالذي ينفذ هو التصرف الحقيقي الذي أراده الطرفان، لا التصرف
الصوري، ترجيحاً للإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة.

٢- آثار الصورية بالنسبة للغير:

نصت المادة ١/٢٤٤ على أنه: (إذا أبرم عقد صوري فلدائني
المتعاقدين والخلف الخاص، متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد
الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل

(١) الطعن ٢٢٣٦ لسنة ٥٩ ق جلسة ١١/٢٣ / ١٩٩٤م.

(٢) ويرجع هذا الاختلاف إلى أن التحفظ يتضمن خداع صاحبه لمن وجه إليه التعبير، أما في
الصورية فلا يوجد هذا الخداع، إذ يكون التصرف الحقيقي (المستتر) متفقاً عليه بين
الطرفين في نفس الوقت الذي يوجد فيه التصرف الظاهر، ويكون الخداع خداع الغير،
د/ منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ٤٥.

(٣) د/ وليم سليمان قلادة في رسالته للدكتوراه مرجع سابق ص ٢٤١.

صورية العقد الذى أضر بهم).

فمن هذا النص يتبين لنا أن القانون يمنح الغير — الدائنين —
الخلف الخاص خياراً بين التصرف الظاهر أو الحقيقى أى الإرادة الحقيقية
أو الإرادة الظاهرة أيهما أوفق لمصلحتهم بشرط أن يكونوا حسنى النية،
فإذا تعارضت مصالح نوى الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك
الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية لمن تمسك بالعقد الظاهر أخذاً
بالإرادة الظاهرة (م ٢٤٤ / ٢)^(١). ورغم اختلاف حكم الصورية فيما بين
المتعاقدين والخلف عنه بالنسبة لغير المتعاقدين، فإن الأساس الذى يقوم
عليه الحكم فى الحالتين واحد فإذا كانت العبرة فيما بين المتعاقدين بالعقد
الحقيقى أى بالإرادة الباطنة فإن أساس ذلك هو عملهما بهذه الإرادة لأن
الصورية من صنعهما، ومؤدى ذلك أن الإرادة التى يعتد بها هى الإرادة
المعلومة.^(٢)

كذلك إذا كان لغير المتعاقدين التمسك بالعقد الظاهر، فإن القانون
اشتراط صراحة أن يكون من يتمسك بذلك حسن النية، لا يعلم الحقيقة، أما
إذا كان يمكنه أن يعلم بالحقيقة، فلا يكون له التمسك بالعقد الظاهر،
ومؤدى ذلك أن الإرادة التى يعتد بها هى الإرادة التى يمكن التعرف عليها
سواء كانت هى الإرادة الباطنة أم الإرادة الظاهرة.

وهكذا نجد أن القانون المصرى قد أخذ فى حالة الصورية التى
تختلف فيها الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة بالإرادة التى يمكن
التعرف عليها.^(٣)

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقى دروس فى أحكام الالتزام — مطبعة جامعة القاهرة رقم ٩٥ ص

١١٩، د/ وليم قلادة فى رسالته السابق ص ٢٤١.

(٢) د/ جلال على العدوى مصادر الالتزام ط ١٩٩٧ ص ١٠٤.

(٣) د/ محمد حسين منصور: مصادر الالتزام ص ١٤٤.

المطلب الثالث

الاختلاف غير المقصود بين الإرادة الظاهرة والباطنة

هناك حالات أخرى تختلف فيها الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ويجمع هذه الحالات أن اختلاف الإرادة الباطنة عن الإرادة الظاهرة فيها يكون غير مقصود، ومن أهم هذه الحالات ما يأتي:
أولاً: الغلط المانع:

وهو الغلط الذي من شأنه أن ينعدم معه الرضا كلية فلا يعد عيباً من عيوب الرضا، وإنما يعتبر مانعاً من انعقاد العقد، أو مؤدياً إلى بطلانه بطلاناً مطلقاً، ويشمل هذا النوع من الغلط:

(أ) الغلط الذي ينصب على ذاتية الشيء محل الالتزام كما إذا كان لشخص منزلان أحدهما في القاهرة، وثانيهما في الإسكندرية وأراد أن يبيع أولهما ولكن المتعاقد الآخر ظن أنه يريد بيع الثاني.

(ب) الغلط الذي ينصب على طبيعة العقد: كما إذا أعطى شخص لآخر مبلغاً من المال على سبيل القرض فتسلمه هذا الآخر معتقداً أنه هبة له ^(١) وهناك أنواع أخرى تدرج تحت هذا النوع من الغلط ^(٢)، وفي كل هذه الأنواع لا يؤثر الغلط في تكوين الإرادة، وإنما يوجد اختلافاً غير

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد والإرادة المنفردة رقم ١٤٧ ص ٢٩٨.

(٢) ومن ذلك الغلط في وجود المحل كمن يشتري شيئاً يتضح فيما بعد أنه هلك قبل البيع والغلط في وجود السبب كأن يتفق الورثة مع الموصى له على قسمة أعيان التركة وإعطائه نصيبه منها ثم يتضح بعد ذلك أن الوصية باطلة، والغلط في تلاقي الإرادتين، كما لو وصل العرض الصادر من البائع إلى المشتري بصورة خاطئة سواء بسبب الخطأ في نقل الرسالة أو التعبير عنها، راجع د/ محمد حسين منصور السابق ص

مقصود بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، ويؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً أى أن العبرة فيه بالإرادة الباطنة، ولذا يسمى هذا النوع من الغلط بالغلط المانع، للدلالة على أنه يمنع من تكوين العقد غير أن التسمية الحديثة له هي الغلط فى التعبير، أى أن هذا النوع من الغلط ينشئ اختلافاً بين التعبير والإرادة، بخلاف الغلط الذى يعيب الإرادة، وهذا النوع من الغلط لا يمنع من مطابقة التعبير للإرادة، فالاتفاق لا ينقص فيه بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، وذلك لأن الأولى جاءت عن طريق اللسان أو البنان صورة صادقة عن الإرادة الباطنة التى خالطها العيب عند تكوينها فى الوجدان، فإذا اعتقد شخص غلطاً أن لوحة ما من عمل فنان مشهور، فعبر عن إرادته فى شراء تلك اللوحة فإن هذا التعبير لا يختلف عن الإرادة الحقيقية فى شيء.^(١)

ثانياً: الإكراه المادى:

المقصود بهذا النوع من الإكراه هو الإكراه الذى يتزعزع الإرادة عنوة لا رهبة وخوفاً، كما إذا أمسك المكره بيد المكره وأجرى القلم فى يديه بالتوقيع على التزام، ويؤدي هذا النوع من الإكراه إلى وجود اختلاف بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، فالمكره إكراهاً مادياً لا يريد إلا التعبير، فهو لا يريد مضمون التعبير، فإذا كذا بصدد عقد فإن الإكراه المادى يقع على إرادة التعبير ولا يقع على إرادة التعاقد، أى أن المكره

(١) راجع النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحى حجازى ٢٩٩/١ ف ٤٢٧،

د/ وحيد الدين موار فى رسالته السابقة ف ٤٤٣ ص ٤٢١، د/ منصور مصطفى

منصور دور الإرادة فى تكوين التصرف القانونى ص ٩٧، ٩٨.

أراد مجرد التعبير ولم يرد مضمون ذلك التعبير، وهذا هو الاختلاف بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة والعبرة بالإرادة الثانية لا الأولى^(١)، ولا ينعقد العقد أصلاً.^(٢)

ثالثاً: عيوب الإرادة:

تعد عيوب الإرادة إحدى الحالات التي يتحقق فيها الاختلاف غير المقصود بين الإرادة الظاهرة والإرادة الحقيقية^(٣)، وهناك فرق بين الإرادة المعيبة، والإرادة غير الموجودة، فالإرادة المعيبة هي إرادة موجودة ولكنها صدرت من شخص غير حر في إرادته أو على غير بينة من أمره، ويكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحة من شاب إرادته عيب من عيوب الإرادة، أما الإرادة غير الموجودة فهي إرادة معدومة، وفيها يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً^(٤).

ولا يكون العقد قابلاً للإبطال إلا بشروط أهمها: أن يكون هذا العيب صادراً من المتعاقد الآخر أو أن يكون على علم به، مع ملاحظة أنه في حالة الإكراه والتدليس لا يشترط هذا الشرط إلا في حالة صدورهما من غير المتعاقدين، فإذا تخلف هذا الشرط فإن العقد يكون صحيحاً، وهذا ما يفهم من نص المادة ١٢٠ حينما قال: (إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه) وما

(١) د/ عبد الحى حجازى: المرجع السابق فقرة ٤٢٨ ص ٤٠٠

(٢) د/ منصور مصطفى منصور: المرجع السابق ف ٨٥ ص ١٥٦، د/ مصطفى الجمال

مصادر الالتزام الناشر دار المطبوعات الجامعية فقرة ١٢٠ ص ١٣٦.

(٣) د/ وحيد الدين سوار المرجع السابق فقرة ٢٩٠ ص ٢٩١.

(٤) د/ عبد الرزاق حسن فرج: مصادر الالتزام فقرة ١٠٧ ص ١٣٨، ١٣٩.

يفهم من نص المادة ٢٦ حينما قالت (إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس).

ولكن ما هو أساس تصحيح هذه العقود رغم ما لحقها من عيوب ؟ يجيب على هذا التساؤل د/ السنهوى بقوله: (إذا كان الغلط قد انفرد به المتعاقد الأول، ولم يقع فيه المتعاقد الآخر، ولم يعلم به ولم يكن من السهل أن يتبينه فإن العقد يكون صحيحاً لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول، فإن هذه الإرادة قد شابها غلط فجعلها فاسدة ولكن على أساس الإرادة الظاهرة التي اطمأن إليها المتعاقد الآخر واعتمد عليها في ترتيب شئونه) ^(١) وهو يطبق نفس الفكرة في التدليس والإكراه اللذين لا يعلم بها المتعاقد الآخر ^(٢) ويرى الدكتور حجازى أنه لا علاقة للنصوص السابقة بمسألة الإرادة الظاهرة والباطنة، فهذه المسألة مقتضاها أن يكون ثمة إرادة يحصل التعبير عنها، ويكون هناك خلاف بين الإرادتين، وليس الأمر كذلك بالنسبة لعيوب الإرادة، فمن يقع في الغلط لا يترتب على غلطه أن يكون هناك فرق بين إرادته وبين التعبير عن هذه الإرادة، بل إن الإرادة التي وقع صاحبها في الغلط تكون معيبة في تكوينها، وهذه الإرادة المعيبة في تكوينها هي التي حصل التعبير عنها، وجاء هذا التعبير مطابقاً لتلك الإرادة، فإذا اعتقد شخص غلطاً أن لوحة ما من عمل فنان مشهور فعبر عن إرادته بالرغبة في شراء تلك اللوحة فإن هذا التعبير لا يختلف عن الإرادة الحقيقية في شيء ^(٣).

(١) د/ السنهوى الوسيط ٨٤/١.

(٢) د/ وليم سليمان قلادة في رسالته للدكتوراه مرجع سابق فقرة ٩٦.

(٣) د/ عبد الحى حجازى: المرجع السابق فقرة ٧١ ص ٥٩، د/ وحيد الدين سوار في رسالته السابقة ص ٢٩٠.

وإذا كانت النصوص السابقة لا تدل على أن الشارع آثر الإرادة الظاهرة على الباطنة فعلام تدل إذن؟

يجيب الدكتور عن ذلك بقوله: (وكل ما تدل عليه هذه النصوص هو أن الشارع لم يسر وراء منطق سلطان الإرادة إلى النهاية بل اعتد إلى حد ما بالاستقرار الواجب في المعاملات).^(١)

ونحن نتفق مع البعض^(٢) في أن الانفصام بين الإرادة الحقيقية والإرادة الظاهرة قائم في الحالات السابقة، ذلك أن الإرادة الحقيقية التي توسطت بينها وبين الإرادة الظاهرة إرادة أخرى معيبة، مطابقة للإرادة الظاهرة ومغايرة للإرادة الحقيقية هي التي تعول عليها نظرية الإرادة.

هذا ويلاحظ أن الفقه الغربي قد عالج عيوب الإرادة كلها علاجاً واحداً ووضعها جميعاً في صعيد واحد، أما الفقه الإسلامي فالأمر فيه ليس كذلك، فهذه العيوب فيه متناثرة، وقد اهتم الفقه الإسلامي بالإكراه اهتماماً خاصة إلى الحد الذي يجعل منه نظرية كاملة، ويرجع ذلك إلى غلبة النزعة الموضوعية في الفقه الإسلامي.^(٣)

(١) د/ عبد الحى حجازي: المرجع السابق فقرة ٧٤ ص ٦١.

(٢) د/ وحيد الدين سوار في رسالته السابقة رقم ٢٩٠ ص ٢٩١، وقارن وليم قلادة ف ٨٨ هاش (١) ص ٢٤٣.

(٣) د/ وحيد الدين سوار — المرجع السابق رقم ٤٥٩ ص ٤٤١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٢٨٠/٤.

المطلب الرابع

السبب كركن للعقد وتكييفه بين الإرادتين الظاهرة والباطنة

يستلزم القانون في العقد إلى جانب الرضا والمحل توافر السبب فهو ركن في العقد لا ينعقد للعقد بدونه، وإذا كان المحل هو جواب من يسأل بماذا التزم المدين، فإن السبب هو جواب من يسأل لماذا التزم^(١)، والمقصود بالسبب هنا هو السبب القصدى أى الغاية التى يهدف إليها كل متعاقد، أو هو الباعث الذى دفع المتعاقد إلى التعاقد^(٢)، وقد نصت المادة ١٣٦ على أنه: (إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً) ومن هذا كان النص يتضح لنا أن هناك شرطين لسبب الالتزام.

الشرط الأول: أن يكون السبب موجوداً:

فإذا لم يوجد للالتزام سبب كان العقد باطلاً^(٣)، ويستثنى من هذا الأصل ما يسمى بالتصرف المجرد وهو تصرف ينشأ صحيحاً ولا سبب له، وتحتمل فكرة التصرف المجرد مكانه واسعة فى القوانين الجرمانية لأنها تأخذ بالإرادة الظاهرة، ويضيف نطاق الأخذ بهذه الفكرة فى القوانين اللاتينية لأنها تأخذ بالإرادة الباطنة، مثال ذلك التزام الكفيل نحو الدائن فهو التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة بين الكفيل والمدين، فلا يجوز للكفيل، عند مطالبته بسداد الدين أن يتمسك فى مواجهة الدائن بالدفع التى له أن يتمسك بها ضد المدين^(٤).

(١) د/ عبد الرازق حسن فرج: مصادر الالتزام فقرة ١٧٩ ص ٢١٨.

(٢) د/ عبد الحى حجازى المرجع السابق ف ١٢٥ ص ٩٠.

(٣) د/ عبد الحى حجازى المرجع السابق ف ١٤٧ ص ١٠٨.

(٤) د/ محمد حسين منصور: مصادر الالتزام ص ٢١٦ وما بعدها، د/ عبد الرازق حسن

فرج: المرجع السابق ص ٢٣٠ وما بعدها.

الشرط الثاني: أن يكون السبب مشروعاً:

إذا كان وجود السبب لازماً لقيام العقد، فإنه لا يكفي بذاته، فليس أى سبب يصلح دعامة للعقد، وإنما يلزم فيه شرط جوهري وهو أن يكون مشروعاً، ويعد السبب غير مشروع إذا جاء مخالفاً للنظام العام والآداب^(١)، ويترتب على عدم مشروعية السبب أن يكون العقد غير مشروع وبالتالي باطلاً بطلاناً مطلقاً، فإذا كان الباعث الذي دفع المستأجر إلى استئجار الشقة هو رغبته في استعمالها بيتاً للدعارة فإن عقد الإيجار يكون غير مشروع لعدم مشروعية سببه والاعتداد بالسبب الباعث يتفق مع مذهب الإرادة الباطنة، فهذا المذهب يقتضى أن يكون سبب العقد مشروعاً وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، بشرط أن يتصل هذا الباعث بالمتعاقد الآخر وذلك محافظة على استقرار المعاملات، وحماية للمتعاقد حسن النية الذي لم يعلم وقت إبرام العقد بوجود باعث غير مشروع لدى المتعاقد معه.^(٢)

(١) د/ عبد التفاح عبد الباقي نظرية العقد والإرادة المنفردة: المرجع السابق فقرة ٢١٦ ص ٤٥٦.

(٢) د/ محمد لبيب شنب: المرجع السابق ص ١٦٦ وما بعدها، د/ محمد حسين منصور: المرجع السابق ص ٢١٩ وما بعدها، د/ عبد الرزاق حسن فرج مصادر الالتزام مرجع سابق ص ٢٣٠، د/ عبد الرحمن عياد أساس الالتزام العقدي النظرية والتطبيقات الناشر مؤسسة الثقافة الجامعية فقرة ٧ ص ٢٥.

المبحث الثالث

الموازنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي

بالموازنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي فيما يتعلق بالتطبيقات العملية لنظريتي الإرادة الظاهرة والباطنة نلاحظ الآتي:

- ١- يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في أنه إذا كان الاختلاف بين الإرادتين الظاهرة والباطنة يرجع إلى انعدام الإرادة وعدم قصد التلفظ بالعبرة فإن التصرف يكون باطلاً، لأن الرضا هو قوام العقد وأساسه، وهو مفقود مع انعدام الإرادة كما في حالة المجنون والمعتوه.
- ٢- قد يكون الاختلاف بين الإرادة الظاهرة والباطنة اختلافاً غير مقصود ويتحقق ذلك في حالات منها:

(أ) الغلط: وهو أنواع منها الغلط المانع، وهو يتحقق كلما كان غلطاً في ماهية العقد أو في ذاتية المحل، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء الإسلامي والوضعي إلا أن الغلط المانع في الفقه الإسلامي أوسع منه في الفقه الغربي فالغلط يكون مانعاً في الفقه الإسلامي حتى لو اتحد الجنس إذا تفاش التفاوت في المنفعة وليس الأمر كذلك في الفقه الغربي. (١)

ويعتد الفقه الإسلامي في الغلط المانع بالإرادة الحقيقية (الباطنة) مادام العاقد قد كشف عن إرادته للطرف الآخر أو كانت الإرادة مكشوفة، أي أن العقد يكون باطلاً ويمنع من انعقاد العقد وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ويتفق القانون المدني مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في قولهم ببطلان العقد أخذاً بالإرادة الحقيقية، وذلك خلافاً لما ذهب إليه المالكية من أن العقد يكون غير لازم، ويختلف الفقه الإسلامي عن الوضعي في أن

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي د/ عبد الرزاق المنهوي ١٠٩/٢.

الغلط فى القانون الوضعى مجرد وهم يدفع العقاد إلى التعاقد، أما فى الفقه الإسلامى فليس الغلط فيه مجرد وهم وإنما هو الخطأ البين الظاهر من خلال عدم المطابقة بين الواقع المقصود والمعبر عنه^(١)، ومن أنواع الغلط ما يسمى بالغلط فى التعبير وفيه تختلف الإرادة الظاهرة عن الباطنة اختلافاً غير مقصود ويوجد فى الفقه الإسلامى بصدد هذا النوع من الغلط اتجاهان اتجاه يأخذ بالإرادة الظاهرة حيث لا يجعلون للخطأ أثراً على العقد وهؤلاء هم الأحناف.

واتجاه يأخذ بالإرادة الباطنة ويجعلون للخطأ أثراً على العقد بحيث تكون عبارة المخطئ لاغية، وبهذا الاتجاه قال جمهور الفقهاء، ويتفق حكم الغلط فى التعبير فى الفقه الوضعى فى نظريته التقليدية مع حكمه فى الفقه الإسلامى وفقاً لما قال به جمهور الفقهاء، وذلك خلافاً لما قال به الأحناف حيث لا يجعلون للغلط أثراً على العقد كما سبق.

(ب) ومن حالات الاختلاف غير المقصور بين الإرادة الظاهرة والباطنة الإكراه، ويتفق الفقه الوضعى مع الفقه الإسلامى فى أن الإكراه إذا كان إكراهاً بحق لا يؤثر على العقد، ويلاحظ أن الفقه الإسلامى يخالف القانون المصرى من حيث إنه لا يشترط اتصال الإكراه بالمتعاقدين الآخر، فالإكراه فى ظله معتبر ولو كان واقعاً من غير المتعاقدين الآخر ودون تواطؤ منه^(٢)، أما عن أثر الإكراه فهو فى القانون يجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة الطرف الذى وقع عليه الإكراه، وهذا العقد قابلاً للإبطال لمصلحة الطرف الذى وقع عليه الإكراه، وهذا الحكم إن خالف ما يقول به

(١) مبدأ الرضا فى العقود للدكتور / على محيى الدين على رسالة دكتوراه ص ٩٧٨.

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد والإرادة المنفردة ص ٣٨٤.

الشافعية والحنابلة حيث يقع عقد المكره باطلاً عندهم، وإن خالف ما يقول به فقهاء الحنفية حيث يرون أن تصرف المكره فاسد، فهو يتفق مع مذهب المالكية وما قال به زفر من الأحناف حيث يرون أن تصرف المكره موقوف على إجازة المكره بحيث يكون المكره مخيراً بين فسخ العقد وإمضائه.

٣- وقد يكون الاختلاف بين الإرادة الظاهرة والباطنة اختلافاً مقصوداً ويتحقق ذلك في حالات منها:

(أ) الهزل: وهو محل خلاف بين علماء الفقه الإسلامي بين أخذ بالإرادة الباطنة، وأخذ بالإرادة الظاهرة، فجمهور الفقهاء يرون أن عبارة الهازل لاغية ولا أثر لها ترجيحاً للإرادة الباطنة على الظاهرة وذلك باستثناء العقود الخمسة التي اعتبرها الشارع أى اعتبر فيها الإرادة الظاهرة على الباطنة، وإن كان بعض المالكية بالاتفاق مع رواية عن أحمد يعممون إلغاء عبارة الهازل بلا تفرقة بين تصرفات تحتل الفسخ أو لا تحتل الفسخ، ويرى البعض الآخر من المالكية وأبو الخطاب من الحنابلة والشافعية فى الصحيح أن عبارة الهازل معتبرة فى كل العقود ترجيحاً للإرادة الظاهرة على الباطنة، ويتفق القانون المدنى مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن عبارة الهازل لاغية، فلا ينشأ بها عقد وذلك تغليباً للإرادة الباطنة على الظاهرة، ويختلف مع ما ذهب إليه بعض المالكية ومن وافقهم من أن عبارة الهازل معتبرة ترجيحاً للإرادة الظاهرة على الباطنة.

(ب) ومن حالات الاختلاف المقصور بين الإرادة الظاهرة والباطنة ما يسمى بالتلجنة أو المواضعة فى الفقه الإسلامى ويسمى

بالصوربة والتحفظ الذهني في فقه القانون الوضعي ويتحقق ذلك فيما إذا كان المتعاقدان قد أبرما عقداً ظاهراً لا وجود له في الحقيقة أو سترأ عقد حقيقياً بعقد ظاهر أو أضمر غير ما أظهرها.

ففي الفقه الإسلامي يوجد اتجاهان أحدهما يأخذ بالإرادة الظاهرة ويرى أن العقد الظاهر صحيح تترتب عليه آثاره وبهذا الاتجاه قال الشافعي وأبو حنيفة، والاتجاه الثاني يأخذ بالإرادة الباطنة ويرى أن العقد باطل وهو مذهب الحنابلة وبه قال الصحابان من الأحناف، فإذا تظاهر شخصان بإبرام عقد صوري كان هذا العقد باطلاً، وإذا سترأ بالعقد الظاهر عقداً حقيقياً فإن العبرة بالعقد الحقيقي، ويتفق القانون المدني مع الاتجاه الأول فيما يتعلق بالتحفظ الذهني وذلك وفقاً للرأي الراجح، أي أن العبرة فيه بالإرادة الظاهرة أما فيما يتعلق بالصوربة فإن القانون المدني يتفق مع الاتجاه الثاني أي أنه يأخذ بالإرادة الباطنة فإذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فإن العبرة بالعقد الحقيقي خاصة بالنسبة للمتعاقدين وورثتهما، أما بالنسبة للغير فإن القانون يمنحهم خياراً بين الأخذ بالتصرف الظاهر أو الحقيقي.

٤- اتفق الفقهاء على الاعتداد بالبائع غير المشروع إذا ذكر صراحة في العقد، ولكن اختلفوا في مدى الأخذ بالبائع غير المشروع وتأثيره على العقد إذا لم يذكر صراحة في العقد، فالأحناف والشافعية يرون صحة هذه العقود التي تشتمل على بائع غير مشروع وإن لم يذكر صراحة في العقد ترجيحاً للإرادة الظاهرة على الباطنة، ويرى المالكية والحنابلة أن هذه العقود باطلة ترجيحاً للإرادة الباطنة على الظاهرة، ويتفق القانون المدني خاصة في نظريته الحديثة مع أصحاب الاتجاه الثاني القائلين ببطلان العقود المشتملة على بائع غير مشروع.

خاتمة

وبعد أن انتهينا بعون الله من هذا البحث يمكننا أن نحدد أهم النتائج التى توصلنا إليها من خلاله وذلك على النحو التالى:

١- يجب لقيام العقد أن توجد إرادة لدى المتعاقد، فمعدوم الإرادة لا إرادة له يعتد بها وهذا هو المعتمد فى القانون الوضعى وفى فقه القانون وهو يتفق مع ما نَعْتَمده الشريعة الإسلامية.

٢- وإذا وجدت الإرادة فلا يعتد بها القانون إلا إذا اتجهت إلى إحداث أثر قانونى معين، فلا عبرة بالاتفاقات التى تقوم بين أعضاء الأسرة دون أن تتطوى على نية الالتزام، كذلك لا عبرة بالإرادة الصورية، ويتفق حكم القانون فى هذا مع حكم الشريعة الإسلامية، فالفقه الإسلامى لا يعتد بالعبارة التى يتلفظ بها دون فهم لمعناها كأن يلقن بعث أو طلقت وهو لا يعرف مرادف هذه الألفاظ ؛ لأن الإرادة هنا لم تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين.

٣- لا يتحقق الالتزام فى الفقه الإسلامى إلا بوجود إرادتين إحداها باطنة ويعبر عنها فى الفقه الإسلامى بالقصد أو النية والثانية ظاهرة ويعبر عنها بالصيغة، وإذا كان اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى أمراً ضرورياً، فإن إظهار هذه الإرادة بالتعبير عنها أمر لازم كذلك، وبناء عليه فإن وجود الإرادة الباطنة دون الظاهرة لا ينعقد به عقد ولا ينشأ به التزام ويفق القانون الوضعى فى هذا مع الفقه الإسلامى.

٤- إذا وجدت الإرادتان الظاهرة والباطنة وكانتا متوافقتين تم العقد وترتبت عليه آثاره.

٥- أما إذا خالفت الإرادة الظاهرة الباطنة فإن القانون المعاصر

توجد فيه نظريتان أساسيتان إحداهما قديمة تقليدية وتسمى نظرية الإرادة الباطنة، وهى تعتد بالإرادة الحقيقية الكامنة فى النفس وتُسود هذه النظرية فى القوانين اللاتينية وعلى رأسها القانون الفرنسى، والنظرية الثانية نظرية حديثة، وتسمى نظرية الإرادة الظاهرة وهى لا تهتم بالإرادة الكامنة فى النفس، وإنما تأخذ بالإرادة فى ثوبها الاجتماعى وهى الإرادة التى عبر عنها، والفارق بين النظريتين وإن بدا كبيراً من الناحية النظرية إلا أنهما متقاربتان من الناحية العملية التطبيقية.

٦- وفى الفقه الإسلامى كذلك لا يوجد اتفاق حول الحكم الواجب اتباعه عند الاختلاف بين الإرادتين الظاهرة والباطنة، فمن المذاهب الفقهية ما يغلب الإرادة الظاهرة ويأتى على رأسهم الإمام الشافعى رحمته الله وكذا الإمام أبو حنيفة، فكلاهما يأخذ بما تنطق به عبارة العقد من غير نظر إلى النية، ومن هذه المذاهب ما يغلب الإرادة الباطنة وهؤلاء هم المالكية والحنابلة فهم يرون أن القصد معتبرة فى العقود وأنها تؤثر فى صحة العقد وفساده وفى حله وحرمة، وبتطبيق هذين الاتجاهين على بيع العصير لمن يتخذها خمرأ أو بيع الأرض لمن يتخذها كنيسة نرى أن هذه العقود صحيحة عند الأحناف والشافعية لأنهم يرجحون الإرادة الظاهرة على الباطنة، أما المالكية والحنابلة فهم يرون أن هذه العقود باطلة لأنهم يغلبون الإرادة الباطنة على الظاهرة.

٧- عرف الفقه الإسلامى وفقاً لرأى الأحناف التفرقة بين الرضا والاختيار، وترتب على هذه التفرقة تفرقة بين العقد الباطل والفاقد، وهذه التفرقة لا نظير لها فى القانون الوضعى، كما لا يقول بها جمهور الفقهاء لأن الباطل والفاقد عندهم سواء.

٨- تلعب الإرادة دوراً معيناً في ترتيب آثار العقود، وليس الوضع كذلك في الفقه الإسلامى، لأن العقود فيه جعلية، بإرادة المتعاقدين مقصورة على إنشاء العقد أما آثارها فهي من علم الشارع.

٩- اتضح لنا مما سبق أن هناك تطبيقات عملية لاختلاف الإرادة الظاهرة والباطنة، وأن هذا الاختلاف قد يكون مقصوداً وقد يكون غير مقصود، فمن أمثلة الاختلاف المقصود العبارة التى تصدر من الهازل، فهذه العبارة لا اعتداد بها ولا أثر يترتب عليها لأن الإرادة فيها لم تتجه إلى إحداث أثر قانونى، وهذا هو الحكم فى القانون الوضعى، وهو نفس الحكم فى الفقه الإسلامى وفقاً لرأى جمهور الفقهاء من الحنفية وجمهور المالكية والحنابلة، وهو ما يعنى تغليب الإرادة الباطنة على الظاهرة، وهذا فى المعاوزات المالية كالبيع والإجارة، أما إذا صدرت عبارة الهازل فى النكاح والطلاق فإنها تكون صحيحة لما فى هذه التصرفات من حق الله تعالى، ويرى الشافعية فى الصحيح وبعض المالكية وأبو الخطاب من الحنابلة أن عبارة الهازل معتبرة فى جميع التصرفات، وهى ما يعنى تغليب الإرادة الظاهرة على الباطنة.

١٠- كذلك فإن العقود الصورية تمثل إحدى حالات الاختلاف للمقصود بين الإرادتين الظاهرة والباطنة، ولا عبرة بالإرادة الصورية أى أن هذه الإرادة لا يعتد بها، وينطبق ذلك فى حالة التلجئة وهى أن يتظاهر شخصان على إبرام عقد صورى بينهما دفعاً لضرر ما، كأن يتظاهرا ببيع أحدهما مالا للآخر دفعاً لما يتوقعانه من أذى ظالم هدد بإتلاف هذا المال فيكون هذا العقد صحيحاً عند الشافعى وأبى حنيفة لأن البيع تم بأركانه وشروطه وأتى باللفظ عن قصد واختيار خالياً عن مقارنة مفسد، ويرى

الحنابلة والصاحبان من الأحناف أن بيع التلجئة باطل تغليباً للإرادة الباطنة على الظاهرة لأن العاقدين لم يقصدا البيع فلم يصح منهما كالهالزين.

١١- أما الاختلاف غير المقصود بين الإرادة الظاهرة والباطنة

فيمثل في عدة حالات منها عبارة المخطئ والناسي، فإذا أخطأ إنسان أو نسي وتكلم بعبارة ترتب التزاماً فإن جمهور الفقهاء يرون أن هذه العبارة ملغاه ولا يترتب عليها أثر لأن الرسول ﷺ قد رفع عن أمته الخطأ والنسيان، فدل ذلك على أن المسلم لا يؤاخذ بها وبهذا الرأي أخذ القانون، ويرى الأحناف أن تعاقب المخطئ والناسي صحيح ويرتب نفس الآثار التي تترتب على تعاقب المتنكر والناسي إلا إذا وجدت قرينة تدل على الإرادة الباطنة فإن بعض الأحناف يرى أن العقد يكون فاسداً، والبعض الآخر يرى بطلانه.

١٢- قد نتجه إرادة العاقد إلى جعل العقد وسيلة لتحقيق غرض

غير مشروع وتلك مسألة تتعلق بنظرية السبب في الفقه الإسلامي، والفقه الإسلامي يتنازعه عاملان متعارضان فهو أولاً فقه نو نزعة موضوعية بارزة تقتضي أن يأخذ بمذهب الإرادة الظاهرة، وهو من ناحية أخرى فقه تتغلب فيه العوامل الأدبية والخلقية وهذا يقتضي أن يعتد فيه بالبائع الذي تقاس به شرف النوايا وطهارتها بحيث يؤخذ فيه بالإرادة الباطنة، وتتراوح مذاهب الفقه الإسلامي بين هذين العاملين، فالأحناف والشافعية يرون صحة العقود التي تشتمل على باع غير مشروع، والمالكية والحنابلة يرون أن هذه العقود باطلة، وبرأيهم أخذ القانون خاصة في نظريته الحديثة وهذا كله إذا لم يكن مصرحاً بالبائع غير المشروع وإلا كان العقد باطلاً قولاً واحداً.

فهرس أهم المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم وتفسيره:

١- أحكام القرآن الكريم للإمام أبى بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى المتوفى سنة ٥٤٣هـ - طبعة دار الفكر.

٢- تفسير ابن كثير وهو الإمام أبى الفداء الحافظ بن كثير الدمشقى المتوفى ٧٧٤هـ، ط دار إحياء الكتب العربية بيروت.

٣- صفوة التفسير للصابونى وهو فضيلة الشيخ محمد على الصابونى طبعة دار السلام.

ثانياً: كتب الحديث:

١- سنن أبى داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق السجستانى الأزدي المتوفى ٢٧٥هـ - ط مصطفى البابى الحلبي ثانية ١٩٨٣.

٢- سنن البيهقى (السنن الكبرى) لأبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى المتوفى ٤٥٨هـ - طبعة دار الفكر.

٣- سنن الترمذى وهو أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة المتوفى ٢٧٩هـ - طبعة المكتب الثقافية بيروت لبنان.

٤- سنن ابن ماجة للإمام أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى المتوفى ٢٧٣هـ - طبعة دار الفكر.

٥- سنن النسائى وهو الإمام أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن على بن بحر النسائى المتوفى سنة ٣٠٣هـ - طبعة دار الحديث.

- ٦- صحيح مسلم بشرح للنسوى وهو الإمام مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري المتوفى ٢٦١ ط دار المعارف.
- ٧- فتح الباري بشرح صحيح البخاري لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى ٨٥٣هـ طبعة الريان.
- ٨- كشف الخفاء للعجلوني وهو الشيخ إسماعيل بن محمد العجلوني المتوفى ١١٦٢هـ مكتبة التراث الإسلامي.
- ٩- المستترك للحاكم ط دار المعرفة بيروت.
- ١٠- نيل الأوطار للشوكاني وهو الإمام محمد بن علي الشوكاني المتوفى ١٢٥٥هـ ط دار التراث.

ثالثاً: مراجع من كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية:

- ١- الإحكام في أصول الأحكام للآمدي وهو العلامة سيف الدين أبي الحسن علي بن علي بن محمد الأمدي طبعة مصطفى الحلبي.
- ٢- أثر الاختلاف في القواعد الأصولية د/ مصطفى سعيد الخن طبعة مؤسسة الرسالة.
- ٣- الأشباه والنظائر للسيوطي طبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
- ٤- الأشباه والنظائر لابن نجيم مؤسسة الحلبي طبعة ١٩٦٨م.
- ٥- التلويح على التوضيح للفتازاني مطبعة محمد علي صبيح.
- ٦- تيسير التحرير لابن همام الدين طبعة مصطفى البابي الحلبي.
- ٧- قاعدة الأمور بمقاصدها د/ يعقوب بن عبد الوهاب - مكتبة الرشد الرياض.

- ٨- كشف الأسرار للبزدوى طبعة الفاروق الحديثة.
 - ٩- الموافقات للشاطبي ط دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت.
 - ١٠- الموسوعة الفقهية للكويت — وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية طبعة ثانية ١٩٩٠م.
- رابعاً: معاجم اللغة العربية:
- ١- كشف اصطلاحات الفنون للتهانوي ط دار الكتب العلمية بيروت.
 - ٢- لسان العرب لابن منظور طبعة دار المعارف.
 - ٣- مختار الصحاح للرازي محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي — المطبعة الأميرية.
 - ٤- المصباح المنير للفيومي طبعة بيروت لبنان.
 - ٥- المعجم الوجيز طبعة خاصة خاصة بوزارة التعليم ١٩٩٩.
 - ٦- المعجم الوسيط طبعة خاصة بمجمع اللغة العربية.
 - ٧- المفردات في غريب القرآن للأصفهاني طبعة دار التحرير للطبع والنشر
- خامساً: مراجع الفقه:
- أ- مراجع الفقه الحنفي:
- ١- الاختيار لتعليل المختار لابن مودود محمود الموصلي الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ١٩٨٢م.
 - ٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة زين العابدين بن نجيم المتوفى ٩٧٠هـ — طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر بلا تاريخ.

٣- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى المتوفى سنة ٥٨٧هـ الناشر دار الكتاب العربى بيروت لبنان ط ١٩٨٢م.

٤- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى ط دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان.

٥- حاشية ابن عابدين للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢هـ طبعة دار إحياء التراث العربى.

٦- حاشية الشلبى للعلامة شهاب الدين أحمد الشلبى المتوفى ١٠١٠هـ على شرح تبين الحقائق مطبوع مع تبين الحقائق السابق ذكره.

٧- حاشية الطحطاوى على الدر المختار طبعة دار المعرفة بيروت لبنان.

٨- العناية على الهداية بهامش فتح القدير الآتى ذكره المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق.

٩- الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية طبعة دار إحياء التراث العربى

١٠- فتح القدير لابن الهمام المطبعة الكبرى الأميرية.

١١- المبسوط لشمس الأئمة محمد بن سهل السرخسى المتوفى ٤٨٣هـ طبعة دار المعرفة بيروت لبنان طبعة ثالثة ١٩٨٧م.

ب - مراجع الفقه المالكى:

١- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير لشمس الدين محمد عرفه الدسوقى المتوفى ١٢٣٠هـ ط دار إحياء المكتب العربية.

- ٢- حاشية الصاوى على الشرح الصغير تأليف الشيخ أحمد الصاوى المتوفى ١٢٤١هـ ط دار إحياء الكتب العربية.
- ٣- حاشية الصفتى على الجواهر الزكية تأليف يوسف بن سعيد بن إسماعيل الصفتى المالكي ط مصطفى البابى الحلبي.
- ٤- الذخيرة للقرافى ط دار الغرب الإسلامى.
- ٥- الشرح الصغير لسيدى أحمد الدردير المتوفى ١٢٠١هـ على منته المعروف بأقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ط الهيئة العامة للمطابع الأميرية.
- ٦- الشرح الكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدردير مطبوع بهامش حاشية الدسوقي السابق ذكره.
- ٧- فتح الرحيم لمحمد بن أحمد الملقب بالداه الشنقيطى مكتبة القاهرة الناشر يوسف سليمان طبعة أولى ١٣٨٩هـ.
- ٨- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لأبى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربى بالحطاب المتوفى ٩٤هـ طبعة دار الفكر.

ج- مراجع الفقه الشافعى:

- ١- إحياء علوم الدين لحجة الإسلام أبو حامد محمد بن محمد الغزالى توفى ٥٠٥هـ طبعة دار إحياء الكتب العربية.
- ٢- الأم للإمام أبى عبد الله محمد بن إدريس الشافعى المتوفى سنة ٢٠٤هـ طبعة الشعب.
- ٣- حاشية البجيرمى على منهج الطلاب للشيخ سليمان بن عمر بن محمد البجيرمى المتوفى ١٢٢١هـ ط دار الفكر.

- ٤- حاشيتا قلوبى وعميرة على منهاج الطالبين للإمام أبى زكريا يحيى بن شرف الدين النووى ط مصطفى الحلبي ١٩٥٦م.
 - ٥- الحاوى الكبير للماوردى للإمام أبى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى توفى ٤٥٠هـ ط دار الفكر.
 - ٦- المجموع شرح المذهب للإمام محيى الدين بن شرف النووى ط دار الفكر.
 - ٧- مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للإمام محمد بن أحمد الشربيني المتوفى ١٩٧٧م ط مصطفى البابى الحلبي.
 - ٨- الميزان الكبرى للشعرانى وهو أبو المواهب عبد الوهاب بن أحمد بن على الأنصارى الشافعى المعروف بالشعرانى المطبعة الكستلية.
 - ٩- المذهب لأبى إبراهيم إسحاق بن يوسف الشيرازى المتوفى ٣٧٦هـ ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
 - ١٠- نهاية المحتاج شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبى العباس ابن حمزة بن شهاب الدين الرملى المتوفى ١٠٠٤هـ ط مصطفى البابى الحلبي .
- د- مراجع من كتب الفقه الحنبلى:**
- ١- إعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر المعروف بابن القيم الجوزية المتوفى ٧٥١هـ ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
 - ٢- الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين أبى الحسن على ابن سليمان المرداوى المتوفى ٨٥٥هـ ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

- ٣- جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ط دار الحديث.
- ٤- الروض المربع شرح زاد المستتفع للعلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي المتوفى ١٠٥١هـ ط دار التراث .
- ٥- الشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسى المتوفى ٦٨٢هـ مطبوع مع المفتى لابن قدامة الآتى بيانه.
- ٦- العدة شرح العدة لعبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد بهاء الدين المقدسى المتوفى ٦٢٤هـ ط دار المعرفة بيروت لبنان.
- ٧- الفروع لابن مفلح وهو شمس الدين أبى عبد الله محمد بن مفلح المتوفى سنة ٧٦٢هـ ط عالم الكتب.
- ٨- الكافي فى فقه الإمام أحمد لموفق الدين بن قدامة صاحب المغنى الآتى بيانه ط المكتب الإسلامى.
- ٩- كشف القناع على متن الإقناع للعلامة منصور البهوتى السابق ذكره ط دار الفكر.
- ١٠- المغنى لابن قدامة لموفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد ابن محمد بن قدامة المقدسى المتوفى ٦٣٠هـ الناشر دار الغد العربى

هـ - مراجع من كتب الفقه الزيدى:

- ١- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأنصار لأحمد بن يحيى المرتضى المتوفى ٨٤٠هـ ط دار الحكمة اليمانية.
- ٢- عيون الأزهار لابن المرتضى وهو أحمد بن يحيى المرتضى توفى سنة ٨٤٠هـ ط دار الكتاب العربى بيروت لبنان

و- مراجع من كتب الفقه الإمامي:

- ١- فقه الإمام جعفر الصادق - انتشارات قدس محمدی.
- ٢- المختصر النافع لأبى القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي التوفى سنة ٦٧٦هـ ط دار الكتاب العربی.

ز- كتب الفقه الإباضي:

- شرح كتاب النيل وشفاء العليل محمد بن يوسف أطفیش المتوفى ١٣٢٣هـ مكتبة الإرشاد جدة.

ح- كتب الفقه الظاهري:

- المحلى للإمام محمد على بن أحمد بن سعد بن حزم المعروف بابن حزم الظاهري المتوفى ٤٥٦هـ طبعة الآفاق الجديدة.

سادساً: مراجع حديثة فى الفقه الإسلامى:

- ١- الشيخ أحمد إبراهيم: الالتزامات فى الشرع الإسلامى طبعة دار الأنصار.
- ٢- د/أحمد فراج حسين - الملكية ونظرية العقد ط دار المطبوعات.
- ٣- بدران أبو العنين بدران: الشريعة الإسلامية طبعة ١٩٧٣م.
- ٤- د/ حسين حامد: المدخل لدراسة الفقه الإسلامى طبعة مكتبة المتنبى.
- ٥- الشيخ على الخفيف:
- أ- التصرف الانفرادى والإرادة المنفردة محاضرات أقيمت ١٩٦٤م.
- ب- أحكام المعاملات الشرعية بدون تاريخ.

- ٦- عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق فى الفقه الإسلامى
طبعة دار المعارف.
- ٧- عبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية طبعة
مؤسسة الرسالة.
- ٨- د/ عبد المحيد مطلوب: نظرية الإرادة المنفردة ط ١٩٨٧م.
- ٩- عبد اللطيف عامر، د/ منصور محمد منصور نظريات فى
الفقه الإسلامى ط ١٩٨٤م.
- ١٠- د/ محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد ط دار الفكر.
- ١١- أ/ محمد سلام مذكور: المدخل للفقه الإسلامى ط دار النهضة.
- ١٢- د/ محمد وحيد سوار: الشكل فى الفقه الإسلامى ط ١٩٨٥م.
- ١٣- د/ محمد يوسف موسى: الفقه الإسلامى مدخل لدراسته نظام
المعاملات فيه ط دار الكتاب العربى.
- ١٤- د/ محمود الطنطاوى: المدخل فى الفقه الإسلامى الناشر
مكتبة وهبة.
- ١٥- مصطفى الزرقاء: الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد مطابع ألف
باء الأديب دمشق ١٩٦٧م.
- ١٦- د/ وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامى وأدلته ط دار الفكر.
سابعاً: مراجع فى القانون:
- ١- د/ إسماعيل غانم: النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام
الناشر مكتبة عبد الله وهبة أحكام الالتزام طبعة ١٩٥٦م.
- ٢- د/ أنور سلطان: الموجز فى مصادر الالتزام ١٩٧٠ منشأة
المعارف.

- ٣- د/ توفيق حسن فرج: دروس فى النظرية العامة للالتزام
مؤسسة الثقافة الجامعية.
- ٤- د/ جميل الشرقاوى: مصادر الالتزام الناشر النهضة العربية
طبعة أولى ١٩٨٦م.
- ٥- د/ جلال العدوى: أصول الالتزامات، مصادر الالتزام منشأة
المعارف
- ٦- د/ حمدى عبد الرحمن: الوسيط فى النظرية العامة للالتزام ط
١٩٩٩ دار النهضة.
- ٧- د/ سعيد سعد عبد السلام مصادر الالتزام طبعة دار نهضة
١٩٩٩.
- ٨- سمير عبد السيد تناغو نظرية الالتزام منشأة المعارف.
- ٩- د/ سليمان مرقس: الوافى فى شرح القانون المدنى نظرية
العقد والإرادة المنفردة ١٩٨٧م.
- ١٠- د/ عبد الحى حجازى مصادر الالتزام ١٩٥٥م.
- ١١- د/ عبد الرحمن عياد: أساس الالتزام العقد - المكتب
المصرى الحديث للطباعة والنشر.
- ١٢- عبد الرزاق السنهورى: نظرية العقد طبعة دار الفكر.
- ١٣- د/ عبد الفتاح عبد الباقي:
- أ- نظرية العقد والإرادة المنفردة ط ١٩٨٤م.
- ب- مصادر الالتزام مطبعة نهضة مصر.
- ١٤- د/ عبد المنعم فرج الصدة نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية
والقانون الوضعى ط دار النهضة ١٩٩٠م.

- ١٥- د/ عبد الناصر العطار: مصادر الالتزام ط مؤسسة البستاني.
- ١٦- د/ عبد الودود يحيى: الموجز فى النظرية العامة للالتزام ط ١٩٨٢.
- ١٧- د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله: العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام فى القانونين المصرى والإنجليزى المقارن ط ١٩٧٨م.
- ١٨- د/ محمد إبراهيم دسوقي القانون المدنى الالتزامات طبعة ١٩٩٣م
- ١٩- د/ محمد حسين منصور: مصادر الالتزام طبعة الدار الجامعية.
- ٢٠- د/ محمد شريف أحمد: مصادر الالتزام فى القانون المدنى ١٩٩٩م.
- ٢١- محمد لبيب شنب: فى مصادر الالتزام طبعة ١٩٧٣م.
- ٢٢- د/ محمود جمال الدين زكى: الوجيز فى النظرية العامة للالتزام مطبعة جامعة القاهرة.
- ٢٣- د/ منصور مصطفى منصور: دور الإرادة فى تكوين التصرف القانونى طبعة ١٩٩٢م.
- ٢٤- د/ نبيل إبراهيم سعد: مصادر الالتزام — العقد ط دار المعرفة الجامعية.
- ٢٥- د/ نزيه محمد الصادق المهدي مصادر الالتزام ط دار النهضة العربية ١٩٩٩م.

ثامناً: رسائل ودوريات وأحكام نقض:

أولاً: الرسائل:

- ١- د/ أمل أحمد حسائين: المقاصد والنيات وأثرها في العقود
ماجستير سنة ٢٠٠١م.
- ٢- د/ عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم دكتوراه بالحقوق
ب عنوان حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي
والقانون بدون تاريخ.
- ٣- د/ عبد الرازق حسن فرج بحث بعنوان دور السكوت المعبر
عن الإرادة مطبعة المدني.
- ٤- د/ عبد القادر محمد قحطان — رسالة دكتوراه بعنوان
السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات.
- ٥- د/ عبد الكريم زيدان بحث بعنوان أثر القصد في التصرفات
والعقود — مؤسسة الرسالة.
- ٦- د/ على محيى الدين على دكتوراه بعنوان مبدأ الرضا في
العقود ١٩٨٥م.
- ٧- د/ محمود عبد الرحمن الباعث غير المشروع وأثره في
العقود والتصرفات دكتوراه ١٩٩٤م.
- ٨- د/ محمود محمد شعبان: دكتوراه بعنوان السبب الباعث على
التعاقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة نوقشت بكلية الحقوق
١٩٩٤م.
- ٩- د/ نزيه محمد الصادق المهدي بحث بعنوان محاولة للتوفيق
بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام بمجلة

القانون والاقتصاد السنة التاسعة والأربعون سنة ١٩٧٩م
العددان الأول والثانى.

١٠- د/ وحيد الدين سوار دكتوراه بعنوان التعبير عن الإرادة فى
الفقه الإسلامى دراسة مقارنة بالفقه العربى بحقوق القاهرة
١٩٦٠م.

١١- د/ ولیم سلیمان قلادة — دكتوراه بعنوان التعبير عن الإرادة
فى القانون المدنى دراسة مقارنة ١٩٥٥م المطبعة التجارية.
ثانياً: الدوريات ومجموعات الأحكام:

- ١- مجلة القانون والاقتصاد يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة
القاهرة السنة التاسعة والأربعون العددان الأول والثانى.
- ٢- مجموعة أحكام النقض — يصدرها المكتب الفنى.